

PENSION DE JUBILACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Profesora Asociada de la UPV/EHU

1. La negociación colectiva y la jubilación: un dúo muy dinámico

No sé si conviene, pero resulta útil por cómodo y poco arriesgado, comenzar este tema de las relaciones entre la jubilación y la negociación colectiva —o monta tanto— recurriendo a determinados tópicos, cuya alusión resulta seguramente innecesaria, pero que justifican suficientemente el interés real —o sea, para los ciudadanos reales— de la cuestión. Ciertamente, la prolongación de la vida humana más allá de lo esperado hasta muy recientemente ha hecho que de los riesgos que cubre la Seguridad Social por falta de ingresos, el de la vejez sea, sin duda, el más importante, con el consiguiente aumento del monto económico de las prestaciones de jubilación habida cuenta de que el disfrute de la pensión correspondiente se ha prolongado de manera inimaginable cuando se asumió la cobertura de este riesgo. Esta creciente importancia cuantitativa debe ser completada con la importancia cualitativa de la edad de jubilación —para el trabajador, para el mercado de trabajo, para el conjunto de la sociedad y para el sistema de la Seguridad Social—, resultando dos realidades que se hallan en la base de la regulación de esta prestación. Si a ello se añade la tópica, tradicional y persistente imputación a estas prestaciones de jubilación de hallarse en el núcleo de la crisis de la Seguridad Social, al menos en su aspecto económico —la crisis puede tener más aspectos, desde luego—, concluiremos como hemos empezado: el tema es interesante.

Claro que el interés viene dado también por las consecuencias de lo antedicho. Un mercado de trabajo con escasa o, al menos, disminuida oferta y la evidente necesidad de mejorar y ampliar ésta requiere —requería, parece— retirar

de dicho mercado una parte de trabajadores. De aquí surge el dúo política de empleo-jubilación. Dúo para cuyo desarrollo se hacía preciso contar con los agentes sociales en cada sector productivo, razón por la cual la negociación colectiva se convirtió en cauce fundamental para el éxito de aquella política de empleo. Como quiera que el sistema de Seguridad Social no podía conceder un nivel de prestaciones de vejez que permitieran que acuerdos sobre jubilación tuvieran un grado de aceptación suficiente por los trabajadores afectados, ello impuso la necesidad de que la negociación colectiva coadyuvara a hacer atractiva una jubilación extemporánea, por anticipada.

Nos interesa, pues, referirnos a dos temas centrales: la edad de jubilación y la mejora de las pensiones de vejez a través de la negociación colectiva. Cuestiones que van a dar un importante y dinámico juego porque son sencillamente oportunistas, obedeciendo a un simple criterio de oportunidad, cambiante por definición. El tiempo lo demuestra: soluciones jurídicas sobre las que se ha elucubrado hasta la saciedad desaparecen —límite de edad para trabajar o jubilación forzosa—, aunque dejan un rastro de problemas; soluciones prácticas masivamente utilizadas —complementos de pensión de jubilación en todas las modalidades imaginables— son debatidas cada día en función de los múltiples problemas que plantean en la realidad. Tampoco es predecible lo que ocurrirá mañana, por eso no voy a aventurarlo, pero cierto es que la tendencia está siendo la de incentivar el retraso en la jubilación, empeño en el que también cabe esperar que la negociación colectiva juegue su papel en el futuro.

Partiendo del marco actual, debemos recordar el encaje constitucional del derecho a la negociación colectiva, configurado como derecho de los ciudadanos en el artículo 37.1 que dice así: «*La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.*» El precepto presenta cuatro cimientos: el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho e «instrumento esencial de ordenación de las relaciones de trabajo» —STC 208/1993, de 28 de junio, f.j. 4—; la fuerza vinculante del convenio colectivo resultado de la negociación —lo que planteará algunos importantes problemas respecto a la cuestión que nos ocupa—; la garantía de tal derecho por ley —ET, Título III—; y el sujeto titular del derecho —los representantes de los trabajadores y empresarios—.

Con la sola limitación de que las materias objeto de la negociación colectiva se hallen incluidas dentro del marco de las relaciones laborales, lo cierto es que «*la autonomía colectiva ocupa un lugar preferente en la ordenación sectorial de las condiciones de trabajo desde la propia Constitución*» —STC 151/1994, de 23 de mayo, f.j. 3—, y que sus contenidos, dentro de ese marco de lo «laboral» pueden ser realmente amplios. Y ello con independencia de la opinión que se tenga sobre el real efecto de la reforma operada en ET por la Ley 11/1994, de 19 de

mayo en esta materia, habida cuenta de que, al margen de su explicitada voluntad de «favorecer el desarrollo de la negociación colectiva, facilitando la adopción de acuerdos en las Comisiones Negociadoras por parte de sujetos con una adecuada legitimación, y proporcionar a los convenios una mayor capacidad de fijación de sus contenidos», la doctrina discrepa al respecto, opinando unos que la reforma en cuestión supuso un debilitamiento de la negociación y opinando los otros que el efecto fue el de su reforzamiento.

En cualquier caso, es el artículo 85.1 ET el que determina el contenido del convenio colectivo, refiriéndose de manera ciertamente amplia al mismo, posibilitando que abarque «materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales...», para después fijar un contenido mínimo de la norma convencional. Conviene no olvidar que en la original redacción del ET, dada por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, el mencionado artículo 85.1 recogía, dentro del contenido posible del convenio, «materias de índole... asistencial», lo que fue modificado para pasar al actual texto por el artículo 8 de la Ley 11/1994. En cualquier caso, la reforma señalada no ha afectado a la realidad de la negociación colectiva, que ha seguido incluyendo entre las materias de su objeto la de las mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social.

Por otra parte, conviene aclarar que no ofrece mayores dudas la tradicional distinción entre contenido obligatorio —obligaciones que las partes negociadoras asumen entre sí, de eficacia limitada a las mismas— y contenido normativo —formado, de un lado, por los pactos que configuran el convenio como norma jurídica, esto es, la delimitación de ámbitos y las reglas sobre vigencia y denuncia del mismo, y de otro, por los pactos reguladores de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación—. Ahora bien, la distinción es importante, dada su relevancia acerca del alcance de la obligatoriedad y vigencia de cada cláusula del convenio, y puede ofrecer dificultades prácticas. Recordemos, a este respecto, que en una ocasión el TS, en Sentencia de 6 de febrero de 1992 —A. 1059— determinó que no era ni normativa ni obligacional, sino una mera declaración de intenciones, la previsión convencional que preveía que cuando entrara en vigor la nueva legislación prevista sobre fondos de pensiones se estaría a lo establecido en las disposiciones legales aplicables.

Esa amplitud en la determinación del contenido del convenio permite que dentro de las materias de posible contratación colectiva se halle la de las mejoras complementarias de las prestaciones de la Seguridad Social. En efecto, la realidad ha demostrado la intensidad de la regulación colectiva de las mejoras a través de una larga tradición que se inicia incluso antes de la primera regulación de estas cuestiones, aun con las limitaciones evidentes que para la negociación existían en

la época. Regulación que se inicia en el Decreto 56/1963, de 17 de enero y continúa en la Ley de Seguridad Social de 1966, desarrollada por Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966. La consolidación legal de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social se opera en la Ley General de Seguridad Social de 1974, aunque se llega a eliminar un tipo de mejora que había sido bastante utilizado —el que permitía elevar las bases de cotización, ya que la nueva regulación va a prohibir cotizar por bases inferiores a los salarios reales—. Pues bien, tal indubitada realidad del importantísimo papel jugado por la negociación colectiva en la creación de medidas complementarias de protección social ha venido favorecido por alguna previsión legal —artículo 39.2 LGSS—, pese a la casi indiferencia de otras regulaciones —Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones—.

Hasta aquí un más que breve mínimo repaso del panorama general actual. A las concretas materias vinculadas a la jubilación del trabajador más frecuentemente objeto de negociación colectiva me referiré ahora. Dos breves apuntes sobre un posible futuro de la cuestión se recogerán al final.

2. La negociación colectiva y la edad de jubilación

La Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 declaraba que *«la jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador»*, con lo que la jubilación y consiguiente extinción del contrato de trabajo por razón de edad era una causa resolutoria dependiente de la exclusiva voluntad del trabajador. Hoy, el artículo 49.1 f) ET se limita a consignar, entre las causas de extinción del contrato de trabajo, la *«jubilación del trabajador»*, sin mayor precisión. Ninguna otra referencia a la edad de jubilación se contiene en esta norma, a salvo la que se hace en el artículo 12.6 en materia de contrato de relevo.

Ahora bien, esta realidad deviene de la previsión contenida en la Disposición Derogatoria Unica del Real Decreto Legislativo 5/2001, de 2 de marzo, que culminó en la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha previsto que queda derogada la Disposición Adicional Décima de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Dicha Disposición Adicional 10 ET tenía el siguiente tenor: *«Límite máximo de edad para trabajar.— Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la nego-*

ciación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos.»

Precepto que en la redacción precitada procede de la propia Ley 8/1980, tras la STC 22/1981, de 2 de julio y ha tenido continuidad en el vigente Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. En efecto, se produjo la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Quinta ET —Ley 8/1980, de 10 de marzo— hecha por la STC 22/1981, de 2 de julio, que razonó como sigue: «... puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo...» y así: «... Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. Este es el sentido que ha de atribuirse a la compensación prevista en la disposición adicional quinta al asegurar que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación. Desde el punto de vista de la jubilación forzosa es patente el especial relieve que a tal efecto cobra la mejora de los sistemas de seguridad social...». Todo ello para concluir que «Cabe, pues, una interpretación sistemática y teleológica de la disposición adicional quinta, de acuerdo con la cual su contenido se concreta en los siguientes términos: —El reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa. —La habilitación al Gobierno para que realice esa política de empleo dentro de los límites y condiciones fijados. —La posibilidad de que, dentro de ese marco, puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva.» Tras lo cual emitió el siguiente Fallo: «Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad».

Con posterioridad, el TC se enfrentó al análisis de otras cuestiones de inconstitucionalidad. Pues bien, la STC 58/1985, de 30 de abril, al estudiar la cuestión planteada por la presunta inconstitucionalidad del párrafo segundo de la citada disposición adicional quinta, razonaba que «... en el presente caso, no se trata de analizar una concreta disposición de un Convenio Colectivo, enfrentada con la autonomía individual de cada trabajador afectado, y cuya validez resulta dudosa, sino un precepto legal que, modificando la situación preexistente, autoriza a la nego-

ciación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma. Quiere decirse que es el propio legislador quien, en ejercicio de una competencia que no puede negársele, ha realizado el ajuste entre los principios aludidos ponderando las circunstancias concurrentes en un momento determinado de evolución de la negociación colectiva y de equilibrio de los intereses afectados por la permanencia en los puestos de trabajo o la jubilación forzosa. Siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el Convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación.» Tras ello declaró que «*el párrafo segundo de la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, no es inconstitucional.*» Pronunciamiento que el Tribunal Constitucional ha reiterado en las Sentencias 95/1985, de 29 de julio y 111 a 136/1985, de 11 de octubre, manteniendo siempre que se dieran las exigencias de la STC 22/1981, de no amortización del puesto —si bien sobre esto ha habido Sentencias del TS contrarias, que han flexibilizado estas exigencias acudiendo a una valoración global de la política de empleo del Convenio permitiendo que se establezca una jubilación forzosa convencionalmente aunque no se vincule de manera expresa a una política de empleo, por entenderse que «*la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva,* lo que se ha plasmado en las SSTs de 8 de marzo de 2000 (RCUD 2436/99) y de 14 de julio de 2000 (RCUD 3428/99)—, y que el trabajador acreditara las cotizaciones necesarias para acceder a la jubilación.

Ahora nos hallamos ante una nueva situación, la creada por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, convertido en Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que ha derogado expresamente dicha Disposición Adicional 10 ET, tras señalar en su Exposición de Motivos que la misma era un «*instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales*» y reconociendo que esa medida «*estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo*».

No se duda por la doctrina de la falta de relevancia real de la derogación de los dos primeros párrafos —hay quien entiende que es la plasmación legal de la inconstitucionalidad que de la jubilación forzosa por exclusivas razones de edad ya se había declarado muchos años antes—, pero sí se plantean serios problemas

respecto del tercer párrafo, que autorizaba a la negociación colectiva a pactar libremente edades de jubilación.

En efecto, nos enfrentamos ahora ante un nuevo problema, cual es el de si puede a partir de esa derogación la negociación colectiva establecer una edad límite máxima para trabajar. La respuesta en la doctrina es variada: la hay que entiende que esa derogación implica la prohibición de que por convenio colectivo se establezcan edades de jubilación, y que ello supone la vuelta a la regla de que el trabajador no puede ser despedido por edad, sino por incapacidad en su caso, como ocurre con las jubilaciones forzosas en determinadas profesiones, o la jubilación forzosa de los funcionarios, que se declaró constitucional —SSTC 99 y 129/1987—. Por su parte, otra doctrina considera que sí puede la negociación colectiva proceder a establecer límites de edad máximos para trabajar, pese a la falta de previsión legal expresa.

Un cercano pronunciamiento judicial se puede ya referir: el hecho por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de 19 de febrero de 2002 —Recurso n.º 2891/01—. En dicha Sentencia la Sala ha confirmado la Sentencia de un Juzgado de lo Social de Bilbao que desestimó una demanda por despido, declarando que éste no había tenido lugar, sino que se había producido la extinción del contrato de trabajo por jubilación, estando ésta prevista en el Convenio General del Sector de la Construcción, cuyo artículo 99-C prevé la jubilación forzosa de los trabajadores de 65 años y que tengan cubierto el período mínimo legal de carencia para la obtención de la correspondiente prestación de la Seguridad Social.

La Sala examina las infracciones jurídicas denunciadas por el trabajador recurrente —la Disposición Derogatoria Unica del Real Decreto-ley 5/2001 y la de la Ley 12/2001, y artículo 3.1 del Código Civil y artículo 3.1 ET y doctrina jurisprudencial dictada sobre respeto al principio de jerarquía normativa y de la emanada en relación con la cláusula «rebus sic stantibus»—. El razonamiento de la Sala es, en lo sustancial, el siguiente: la derogación de una norma permisiva no significa que esté prohibido legalmente lo por ella hasta entonces permitido, sino que, si se considera prohibido, así deberá fijarse expresamente, debiendo tenerse en cuenta el carácter declarativo y no constitutivo que la norma derogada tenía, en opinión de parte de la doctrina, lo que significa que la norma declaraba lo que ya resultaba del propio ordenamiento jurídico; que de la Exposición de Motivos de las normas que han derogado la Disposición Adicional Décima ET se deduce que lo que se pretende es dejar de estimular y desincentivar medidas de jubilación forzosa por haber cambiado las circunstancias, pero no prohibir ésta; que el legislador habría podido declarar expresamente tal prohibición si ésa hubiera sido su voluntad; que el propio Tribunal Constitucional tenía admitida la validez de la regulación de la jubilación forzosa por los convenios colecti-

vos, incluso con independencia de la previsión legal, recordando las SSTC 58, 95, 111 a 136 del año 1985 y particularmente la primera de las citadas; que, aunque la parte de la doctrina que sostiene el criterio contrario se basa en que la citada sentencia 58/1985 alude a que el precedente de la norma discutida —Disposición Adicional Quinta ET de 1980— autoriza a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma, ello sólo puede ser una contradicción interna de la sentencia que, en realidad, considera que la jubilación forzosa puede regularse por ley o por convenio colectivo, sin que ello tenga objeción desde parámetros constitucionales; que la referencia que la STC 58/1985 hace a la previa situación puede entenderse referida a la previa a la Constitución; que tampoco existe afectación del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de circunstancia personal, cual la edad, ya que ello ha sido refrendado por TC; que la reserva de ley del artículo 17.2 ET lo es para casos de contratación y no para casos de extinción del contrato; y que la invocación de la cláusula «rebus sic stantibus» también parte del no admitido apriorismo de considerar que la derogación de que se trata supone la prohibición de regulación de la jubilación forzosa en convenio colectivo.

Para tratar de pronunciarse sobre la cuestión de si puede fijarse un límite máximo a la edad para trabajar, imponiéndose la jubilación forzosa en un convenio colectivo, hay que acudir, como la sentencia precitada de la Sala de lo Social TSJPV hace, a la jurisprudencia constitucional en la materia, ya que la legislación ordinaria no aporta mayores datos. Así, ya se dijo antes que el artículo 49.1.f) ET no aclara nada, ya que sólo recoge como causa de extinción del contrato «*la jubilación del trabajador*», ni lo aclara la regulación de la negociación colectiva y de los convenios colectivos contenida en el Título III ET.

Pues bien, en tal sentido, la STC 22/1981, de 2 de julio sirve de claro sustento de la opinión de que la negociación colectiva puede establecer una jubilación forzosa por razón de edad, al establecer que «*la disposición adicional quinta tiene el sentido de autorizar, bien al Gobierno (párrafo primero) para establecer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al Estatuto de los Trabajadores, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva (párrafo segundo) para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos. Este carácter permisivo viene específicamente determinado por el propio texto: el límite de edad que fije el Gobierno, en el primer caso, y el uso de podrá pactarse, en el segundo*» y concluir que ha de extraerse de todo ello «*la posibilidad de que, dentro de ese marco puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva*».

Ahora bien, esa posibilidad parece venir supeditada a la preexistencia de una expresa habilitación legal para ello, lo que se ha producido a través de la derogada disposición adicional 10 y en su precedente. Así, no deja de ser llamativo el

término «*autorizar*» que el TC utiliza para referirse al sentido de la citada disposición adicional quinta ET, término que refiere tanto para el establecimiento de un límite de edad por el Gobierno como para la fijación de tal límite por las partes de la negociación colectiva en un sector productivo concreto. Ello supone que, a priori, habríamos de concluir la necesidad de norma legal habilitante o autorizante para la imposición de una jubilación forzosa mediante la negociación colectiva.

Sin embargo, no es ésa la última conclusión que cabe extraer de la doctrina constitucional. En efecto, la STC 58/1985, de 30 de abril, que estudió la denunciada inconstitucionalidad del párrafo segundo de la disposición adicional quinta ET, razona en principio como sigue: *«Así lo entendió también este Tribunal cuando en la Sentencia a que se refiere el Abogado del Estado declaró en el fundamento jurídico décimo que la disposición adicional quinta tiene el sentido de autorizar, o bien al Gobierno (párrafo primero) para establecer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al Estatuto de los Trabajadores, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva (párrafo segundo) para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos.»*

Pero el TC continúa razonando más adelante, del siguiente modo: *«Ciertamente que la integración de los Convenios Colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone, entre otras consecuencias que no hace al caso señalar, el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva. Pero lo que no resulta posible, como pretende el Magistrado, es asimilar las relaciones entre ley y Convenio a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada. A los efectos de la resolución de la cuestión, no interesa exponer el complejo cuadro de interrelaciones existentes entre estos dos tipos de normas; sí conviene indicar, no obstante, que el mandato que el art. 37.1 de la Constitución formula a la Ley de garantizar “la fuerza vinculante de los Convenios” no significa que esta fuerza venga atribuida ex lege. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen “los representantes de los trabajadores y empresarios” (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos» y que «del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Si la jubilación forzosa, dentro de determinadas condiciones, resulta posible, y a ello no puso objeciones este Tribunal en su Sentencia núm. 22/1981, quiere de-*

cirse que no vulnera ningún precepto constitucional, incluidos los definidores de derechos fundamentales, y ello sucederá tanto cuando sea establecida por ley como cuando lo sea por Convenio Colectivo, de modo que para el problema que el Magistrado plantea resulta indiferente el carácter fundamental o no del derecho afectado. Lo característico por el contrario, según deriva del propio auto judicial, es que el derecho afectado se configura como un derecho perteneciente al trabajador individualmente considerado, situando así el problema en la relación entre autonomía colectiva y esfera individual».

Hasta aquí, el razonamiento parece evidenciar que el TC entiende innecesaria la existencia de una expresa habilitación legal para que la negociación colectiva pueda imponer una jubilación forzosa, habida cuenta del directo origen constitucional de la fuerza vinculante de los convenios, de la inexistencia de limitación de materias regulables por norma convencional y de la reconocida posibilidad de que, dentro de determinadas condiciones, se establezca una jubilación forzosa, todo ello desde el punto de vista de las relaciones entre Ley y Convenio Colectivo.

Ahora bien, no es éste el único prisma desde el que el TC contempla la cuestión, puesto que también lo hace desde el peliagudo de la regulación de los derechos individuales por la negociación colectiva. En este terreno, argumenta el TC que *«Desde un punto de vista general, los problemas derivados de las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual han de solventarse mediante la conjunción de dos principios básicos: Primero, que la negociación colectiva no pueda anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la Empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes; y segundo, que no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, y contradiría el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones preciso la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos. Incluso más aún. En un sistema constitucional de relaciones laborales como el español, asentado sobre el pluralismo social, la libertad sindical y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, la satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva, la cual no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura, actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general».*

Sigue, finalmente la citada Sentencia razonando que *«En el presente caso, no se trata de analizar una concreta disposición de un Convenio Colectivo, enfrentada con la autonomía individual de cada trabajador afectado, y cuya validez resulta dudosa, sino un precepto legal que, modificando la situación preexistente, autoriza a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma. Quiere decirse que es el propio legislador quien, en ejercicio de una competencia que no puede negársele, ha realizado el ajuste entre los principios aludidos ponderando las circunstancias concurrentes en un momento determinado de evolución de la negociación colectiva y de equilibrio de los intereses afectados por la permanencia en los puestos de trabajo o la jubilación forzosa. Siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el Convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación»*

Este último fundamento de la STC que se comenta es el que ha servido de base a la Sala de lo Social TSJPV para entender que la autorización a la que se ha referido el propio TC con anterioridad, en referencia a la norma contenida en la disposición adicional quinta ET de 1980, supone no una necesidad de ley habilitante para que la negociación colectiva pueda imponer en un determinado sector la jubilación forzosa, sino una expresa autorización que diferencia el actual momento —el surgido de la Constitución— de la anterior situación preconstitucional, que no autorizaba a la negociación colectiva a regular esta cuestión.

Sin embargo, a pesar de la dificultad de dar una respuesta contundente e indubitada, existe otra dificultad para entender que pueda la negociación colectiva imponer la jubilación forzosa sin la existencia de norma legal autorizante. En efecto, considerando que la jubilación es un derecho del trabajador, pero que en determinados supuestos y momentos, en función de una real política de empleo, puede imponerse la jubilación forzosa, es claro que nos hallamos ante una limitación del derecho al trabajo que consagra el artículo 35.1 CE. Limitación que puede venir amparada por esos condicionamientos de las necesidades del mercado de trabajo y que no supone la concurrencia de una discriminación por razón de edad como el propio TC ha reiterado. Ahora bien, el derecho consagrado en el precitado art. 35.1 CE ha de ser objeto de regulación *«por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial»*, ex artículo 53.1 CE. Sólo la ley puede, en conclusión, establecer limitaciones al derecho al trabajo, cual lo sería la imposición de la jubilación forzosa, al fijar límites máximos de edad para trabajar, y ello aunque la ley no haga sino autorizar bien al Gobierno, bien a la negociación colectiva —como lo hizo la derogada disposición adicional décima ET y antes lo había hecho la disposición adicional quinta—, sin fijar ella misma tal límite.

Que a la ley, a su vez, se le exija que esa autorización se sitúe dentro de un determinado marco —la política de empleo u otro— en evitación de que la fijación de límite máximo de edad para trabajar sea considerada discriminatoria, y que se exija la condición de que el trabajador al que va forzosamente a jubilarse tenga derecho a percibir la correspondiente pensión, no supone que el simple cumplimiento de tales presupuestos por la negociación colectiva sea suficiente para entender que el convenio es un mecanismo adecuado para la adopción de tales medidas sin preexistencia de ley que así lo permita.

Y ello, por cuanto que la reserva de ley del artículo 53.1 CE garantiza que en la regulación de esos derechos —el derecho al trabajo, en este caso— se tenga en cuenta sustancialmente el interés general, lo que va a tratar de asegurarse mediante la adopción de decisiones de eficacia general y por los representantes de todos los ciudadanos. Algo que no ocurre en el caso de la negociación colectiva, en la que no sólo entran en juego para ser transaccionados los intereses de los empresarios, de un lado, y los de los trabajadores como un bloque, de otro, sino que los intereses de estos últimos pueden, entre sí, ser contrapuestos. Algo que se aprecia con claridad en el caso de la pugna por mantener el puesto de trabajo, de donde surgirán intereses claramente enfrentados entre los más jóvenes y quienes pueden verse afectados por una medida de jubilación forzosa. Ello no presentaría mayor problema si no fuera por la afectación del derecho constitucional al trabajo, que sólo por expresa previsión y habilitación legal podría hacerse, sin dejarlo, sin previa autorización, al albur de una negociación colectiva en la que la contradicción de intereses puede ser tan evidente. Máxime en un momento en el que la tendencia general camina justamente por caminos distintos, mediante la promoción o incentivación del retraso en la jubilación. No se trata de adoptar posturas gratuitamente antisindicales, pero sí de entender que la actividad sindical, en una negociación en la que previamente han de decidirse los intereses de los trabajadores a tutelar, no siempre va a tutelar los intereses de todos los afectados por la negociación colectiva, sino primordialmente, los de aquellos que, en el futuro, pueden a su vez sostener esa actividad sindical.

3. La negociación colectiva y las mejoras voluntarias de jubilación

Ya antes de 1978, como más arriba he tenido ocasión de señalar, se había producido una importante regulación convencional de un buen número de mejoras voluntarias de seguridad social en la negociación colectiva, lo que vino favorecido por la plasmación de tal posibilidad en la Ley de Seguridad Social de 1966 y en la Ley General de la Seguridad Social de 1974. El reconocimiento constitucional de la posibilidad de establecer *«asistencia y prestaciones comple-*

mentarias» no ha hecho sino reforzar aquella realidad. Por su parte, el artículo 39 de la vigente LGSS prevé, en su apartado 1 la posibilidad de mejorar voluntariamente la modalidad contributiva de la acción protectora de la Seguridad Social, en tanto que su apartado 2 limita el objeto de la contratación colectiva en materia de Seguridad Social al establecimiento de mejoras voluntarias. La misma norma se refiere a las mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general en los artículos 191 a 194, previendo como contenido posible de las mismas a través de la mejora directa de prestaciones, que es la fórmula que nos interesa ahora, dejando de lado la que se refiere al establecimiento de tipos de cotización adicionales.

La previsión constitucional de la libertad de la asistencia y prestaciones complementarias, unida al mandato que contiene su indicado artículo 41 para que los poderes públicos mantengan «*un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...*» hace que nos hallemos ante una protección adicional, a unir a la básica que proporciona el sistema, pero en ningún caso ante una modalidad de protección alternativa ni sustitutiva de la que el régimen público ha de ofrecer. Ciertamente es que el establecimiento de prestaciones complementarias va a producir el efecto de hacer surgir distintos niveles de protección, pero ello no va a generar problemas de desigualdad, habida cuenta de que constitucionalmente se garantizan prestaciones públicas suficientes ante situaciones de necesidad. Carácter complementario que queda también plasmado en el artículo 1.2 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, reguladora de los planes y fondos de pensiones —LPFP, en adelante—, modificada por el artículo 32 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el que se alude expresamente al carácter no sustitutivo de las prestaciones de dichos fondos y planes respecto de las de los regímenes de la Seguridad Social y se recuerda su carácter privado y complementario, en clara contraposición al carácter público y básico de las prestaciones del sistema de Seguridad Social. En similar línea de garantizar la pervivencia de una Seguridad Social pública de carácter contributivo se manifestó la Exposición de Motivos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, en desarrollo del Acuerdo parlamentario de 6 de abril de 1995, más conocido como Pacto de Toledo, manifestación ciertamente paradójica, habida cuenta de que dicha Ley produjo un claro descenso en los niveles de protección de la Seguridad Social pública, y operó un importante recorte en la pensión de jubilación.

La plasmación real de la protección complementaria se ha producido tradicionalmente mediante fórmulas variadas: así, se pueden distinguir mejoras de carácter suplementario, cuya finalidad es proteger a quienes no se hallan incluidos en un régimen de Seguridad Social; mejoras complementarias, que tratan de

cubrir los mismos riesgos y, sustancialmente, siguiendo el mismo esquema del sistema básico, para superar la protección brindada; y unas mejoras autónomas, que van a cubrir bien riesgos distintos de los cubiertos por el sistema de Seguridad Social, o bien van a cubrir los mismos riesgos, aunque con prestaciones de distinta naturaleza.

Además de lo dicho sobre la naturaleza de las mejoras voluntarias, cuestión acerca de la cual mucho se ha escrito, conviene añadir muy brevemente que la STC 206/1997, de 27 de noviembre tiene dicho que las mejoras en cuestión, previstas en la LGSS, se hallan integradas dentro del sistema de la Seguridad Social, aunque fuera de su núcleo institucional. Ello tendrá importantes repercusiones en cuanto a la consideración de las mejoras, en muchos aspectos, como prestaciones de Seguridad Social, a las que, por cierto, se asimilan, si pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo, a los efectos de su conocimiento por los órganos del orden social de la jurisdicción, según previene el artículo 2.c) LPL.

La realidad actual muestra un extraordinario desarrollo de sistemas de protección social complementaria, habida cuenta del aumento de las necesidades de prestaciones debido a la disminución de la protección que brinda el sistema público de la Seguridad Social, lo que mueve a la ciudadanía —trabajadora particularmente— a intentar completar los déficits de la protección básica garantizada. Esta realidad es notablemente importante respecto de las prestaciones obligatorias públicas que más trascendencia van a tener en la vida de la generalidad de las personas trabajadoras en función de su duración y del sacrificio realizado como cotizantes durante toda una vida de trabajo —prestación de jubilación, señaladamente—. Así, dos factores van a facilitar este desarrollo: de un lado, el interés de quien ha cotizado toda su vida en el convencimiento de obtener un día una pensión de jubilación suficiente —en términos de suficiencia real actual, comprensiva no sólo de garantía de mínimos de subsistencia, sino de capacidad de subvenir a otras necesidades: ocio, ayuda a familiares todavía dependientes, como los hijos...— y va a encontrarse con una prestación inesperadamente disminuida respecto de sus expectativas; de otro, el interés del propio Estado en potenciar esta complementariedad para evitar la constancia de que el nivel real de protección ha disminuido sensiblemente —con independencia del brindado por el sistema público—.

Nótese, además, que el propio Estado genera la necesidad de la protección complementaria al decidir fijar topes máximos a las prestaciones públicas y que el desarrollo de sistemas de protección complementaria de carácter privado no supone un ahorro absoluto para las arcas públicas, puesto que el Estado, que ha decidido impulsar tal desarrollo, tiene que destinar a ello un importante contingente de recursos públicos, mediante la concesión de beneficios fiscales notablemente.

Todo este panorama ha contribuido a que se asiente la convicción de que no es posible que un sistema público de prestaciones garantice una cobertura absoluta y que el nivel público de protección sólo debe entenderse con un carácter básico o mínimo, a completar por diversos medios.

Pues bien, con independencia de los concretos mecanismos a través de los cuales va a materializarse el régimen complementario privado de protección social, lo cierto es que uno de los medios de constitución de la mejora va a ser el Convenio Colectivo, lo que va a provocar no pocos problemas reales.

Mecanismos de constitución de la mejora

A través de la negociación colectiva, como ya se ha venido comentando, es posible constituir mejoras voluntarias que amplíen la protección social que brinda el régimen público de la Seguridad Social. A partir de aquí se abren diversas posibilidades en cuanto a la concreta plasmación de las mejoras pactadas.

a) De un lado, tenemos la posibilidad de que a través de la negociación colectiva **se asuman por los empresarios determinados compromisos de mejora de prestaciones, con la aportación de los trabajadores o sin ella.** Ahora bien, esta posibilidad viene muy matizada por la Disposición Adicional Primera LPFP que obliga a que los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, se instrumenten mediante contrato de seguro, o formalizando un plan de pensiones, o ambos, previéndose además que para los contratos de seguro las condiciones serán homogéneas a las previstas para los planes de pensiones. Junto a ello se prevé expresamente que no cabe cubrir los compromisos mediante dotación por el empresario de fondos internos o instrumentos similares, evitándose que aquél mantenga la titularidad de los recursos constituidos. Ello responde a la necesidad de establecer garantías ante supuestos de falta de liquidez o insolvencia empresarial que pueden conducir al fracaso de lo pactado, dado que parte de las causas de la crisis económica de la Seguridad Social son traspasables a las mejoras pactadas y asumidas por el empresario.

Se aprecia así que la opción del legislador para la previsión social complementaria voluntaria ha sido a favor de un sistema de aseguramiento privado al que se añade la garantía de la externalización de la gestión, evitándose que el patrimonio con el que se va a responder pertenezca al empleador. Se nos plantea, pese a todo, en este punto una cuestión de interés, cual es la referente al incumplimiento por el empresario de esta obligación de externalización de la mejora y el posible consiguiente incumplimiento del abono de la mejora pactada.

Pues bien, hemos de partir de la realidad de que no existe previsión acerca de una posible asunción pública de obligaciones en caso de que, no habiéndose

procedido a la externalización de la mejora, el empresario incumplidor carezca de solvencia para hacer frente a su abono. Y ello, pese a que el artículo 8.15 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, califica e infracción muy grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, *«el incumplimiento por la empresa de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones con el personal de la empresa en los términos establecidos en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones»*.

Sin embargo, en el panorama comunitario europeo nos encontramos con la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Pues bien, en el artículo 8 de la misma se prevé que *«Los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social»*.

Supuesto, como se ha avanzado antes, que en la realidad española una externalización defectuosa que no satisficiera fielmente los compromisos por pensiones asumidos en la empresa podría tener lugar sin mayores problemas o un incumplimiento absoluto de la obligación de externalizar, habremos de concluir que en tales casos hay que mantener la responsabilidad directa de la empresa sobre todos los compromisos por pensiones, sin que el hecho de haber sido recogidas mediante un plan de pensiones o un seguro colectivo la exonere plenamente de toda responsabilidad. Con ello surge el problema de la insolvencia empresarial.

Lo que requeriría la existencia de una institución de garantía pública o semi-pública, bien mediante una creación ad hoc, bien mediante la adaptación de la institución de garantía prevista para los supuestos de protección de los créditos salariales frente a estados de insolvencia del empresario, esto es, pudiendo entenderse adaptado el Derecho interno a la Directiva a través de una extensión de la responsabilidad del FGS al pago de las prestaciones complementarias en casos de insolvencia del sujeto responsable de su abono. Por el momento, ninguna solución nos brinda el Derecho positivo al problema así planteado, pese a la previsión del artículo 5 de la mencionada Directiva 80/987/CEE, en cuya virtud se establece que *«Los Estados miembros fijarán las modalidades de la organización, de la financiación y del funcionamiento de las instituciones de garantía, observando en especial los principios siguientes:*

a) *el patrimonio de las instituciones deberá ser independiente del capital de explotación de los empresarios, y estar constituido de tal forma que no pueda ser embargado en el curso de un procedimiento en caso de insolvencia;*

b) *los empresarios deberán contribuir a la financiación, a menos que ésta esté garantizada íntegramente por los poderes públicos;*

c) *la obligación de pago de las instituciones existirá independientemente del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación». Previsión que no ha sido expresamente obviada por el Estado Español, que así podría haberlo hecho a tenor de la previsión del artículo 6 de la Directiva, que recoge que «los Estados miembros podrán prever que los artículos 3, 4 y 5 no se apliquen a las cotizaciones debidas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social o de los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social».*

Para finalizar con este apartado referido a mejoras voluntarias constituidas en convenio colectivo mediante figuras distintas de los contratos de seguro o planes de pensiones, afectando a patrimonio empresarial, habremos de hacer un breve pronunciamiento acerca de alguna consecuencia del deber de externalización al que nos hemos referido más arriba. Supuesto que, con carácter general, la obligación de externalización de los compromisos sobre pensiones complementarias pactadas en convenio colectivo va a producir una mayor onerosidad para el empresario que deberá contratar un seguro colectivo o formalizar un plan de pensiones, y en evitación de que esa obligación de externalización provoque el efecto contrario de la supresión o modificación de los compromisos pactados, la Disposición Transitoria 14 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación de los Seguros Privados, previó que *«hasta que no tenga lugar el cumplimiento de la obligación que impone el párrafo anterior —en referencia a la externalización prevista en la Disposición Adicional Primera LFPF a la que se remite— se mantendrá la efectividad de los compromisos por pensiones y el cobro de las prestaciones causadas en los términos estipulados entre el empresario y los trabajadores»*. Lo que impide liquidar el sistema de mejora convencionalmente pactado con base o alegación de la especial onerosidad causada por la contratación de seguro o plan de pensiones, todo ello, claro está, a salvo de la posibilidad, siempre limitada y de interpretación restrictiva, de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, de difícil materialización en este caso, puesto que no ha de resultar fácil de acreditar que quien se ha comprometido a hacer frente con su particular patrimonio a determinadas prestaciones de seguridad social complementaria no pueda hacer frente a los costes generados por la externalización.

b) **La constitución de la prestación complementaria a través de los planes de pensiones.** Posibilidad que no se corresponde necesariamente al concepto de mejora voluntaria, pese a que a través de negociación colectiva esa interrelación

es cada vez más frecuente, puesto que muchos convenios incluyen ya la creación de un Plan y Fondo de Pensiones como mejora voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social. Por otra parte, sólo para abundar más en ello, cabe citar la Sentencia del TSJ de Cataluña, de 14 de mayo de 1993 (AS 2507), que ha calificado de mejora voluntaria el compromiso del empresario de aportación a un Plan de este tipo.

La característica fundamental de los fondos es, según la Exposición de Motivos de la LPFP, su configuración como *«fondos externos a las empresas o entidades que los promuevan, adoptando la naturaleza de patrimonios separados e independientes de éstas, carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los planes de pensiones adscritos»*. La norma prevé también el establecimiento de *«aquellas exigencias y controles tendentes a asegurar su desenvolvimiento y a evitar las situaciones de insolvencia o que amenacen la efectividad de las prestaciones. A tal efecto y entre otros se introducen requisitos relativos a su administración, representación por una Entidad gestora con el concurso de un depositario y supervisión por comisiones de control, composición de sus activos y realización de operaciones, publicación y remisión a la Administración de las Cuentas Anuales auditadas y sujeción a Inspección Administrativa, articulándose la tipología de infracciones y el pertinente régimen sancionador»*. Todo ello va a tener singular interés cuando el Plan sea promovido mediante el correspondiente pacto colectivo, como se verá.

Los Planes de Pensiones van a ser tremendamente potenciados por el legislador que, de un lado, como más arriba hemos indicado, tiende a eliminar otros mecanismos de protección social complementaria susceptibles de ser pactados y, de otro lado, ha establecido un régimen fiscalmente muy privilegiado. Todo lo cual va a favorecer una cada vez mayor penetración en la negociación colectiva.

Parece conveniente proporcionar en primer lugar una definición de los Planes y de los Fondos de Pensiones, que nos va a ser proporcionada por el artículo 1 LPFP, que indica que *«Los planes de pensiones definen el derecho de las personas, a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y, en la medida permitida por la presente ley las reglas de constitución y funcionamiento del 2. Constituidos voluntariamente, sus prestaciones 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 aquellas»*.

Queda reservada la denominación de “planes de pensiones”, así como sus siglas, a los planes regulados por esta Ley», y por el artículo 2 que define los fondos de pensiones como *«patrimonio creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a pla-*

nes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente Ley».

La jurisprudencia constitucional tiene, por otra parte, matizado que los planes de pensiones no forman parte del núcleo institucional de la Seguridad Social y que no son materialmente Seguridad Social; que no son tampoco Mutualidades y que son algo nuevo, con ánimo de fomentar el ahorro, y que participa de la legislación mercantil y de la de seguros —SSTC 206/97 y 66/98—.

Por su parte, los Planes de Pensiones han de responder necesariamente a la siguiente tipología, en razón de los sujetos constituyentes de los mismos según el artículo 4 LPPF, siendo ésta la clasificación que nos interesa en este momento:

— **planes del sistema de empleo**, son aquellos cuyo promotor sea cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y cuyos partícipes sean los empleados de los mismos, admitiendo la Disposición Final 2.^a que las entidades y organismos de naturaleza pública puedan actuar como promotores, lo permite concluir que va a ser posible que se constituyan Planes de Pensiones a favor de quienes se hallan vinculados por relación funcional o estatutaria.

Su normativa básica, definida en el mismo precitado artículo 4, es la siguiente: En los planes de este sistema el promotor sólo podrá serlo de uno, al que exclusivamente podrán adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora, incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de la seguridad social aplicable. La condición de partícipes también podrá extenderse a los socios trabajadores y de trabajo en los planes de empleo promovidos en el ámbito de las sociedades cooperativas y laborales, en los términos que reglamentariamente se prevean. Asimismo el empresario individual que emplee trabajadores en virtud de relación laboral, podrá promover un plan de pensiones del sistema de empleo en interés de éstos en el que también podrá figurar como partícipe. Varias empresas o entidades podrán promover conjuntamente un plan de pensiones de empleo en el que podrán instrumentar los compromisos susceptibles de ser cubiertos por el mismo.

Dentro de un mismo plan de pensiones del sistema de empleo será admisible la existencia de subplanes, incluso si éstos son de diferentes modalidades o articulan en cada uno diferentes aportaciones y prestaciones. La integración del colectivo de trabajadores o empleados en cada subplan y la diversificación de las aportaciones del promotor se deberá realizar conforme a criterios establecidos mediante acuerdo colectivo o disposición equivalente o según lo previsto en las especificaciones del plan de pensiones.

- **planes del sistema asociado** o a planes cuyo promotor o promotores sean cualesquiera asociaciones o sindicatos siendo los partícipes sus asociados, miembros o afiliados.
- **planes del sistema individual** o planes cuyo promotor son una o varias Entidades de carácter financiero y cuyos partícipes son cualesquiera personas físicas.

Resulta obvio que los Planes de Pensiones que nos interesan a los efectos de la problemática que comentamos son los planes del sistema de empleo, dado que son los que van a ser promovidos por cualquier empresa cuyos empleados van a ser sus partícipes, esto es, constituidos en el marco de la relación de trabajo.

La regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y muy especialmente la referida a los Planes del sistema de empleo, ha sido alterada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que ha introducido modificaciones de gran alcance en la LPFP, en el marco del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social firmado por CEOE, CEPYME y CCOO el 9 de abril de 2001, Acuerdo que previó la necesidad de potenciar la implantación y el desarrollo de los Planes de Pensiones del sistema de empleo, situando entre los temas prioritarios, en lo que ahora nos interesa, el del papel de la negociación colectiva en materia de Planes y Fondos de Pensiones al reseñar la necesidad de mejorar «*la interacción de los planes de empleo con la negociación colectiva*» y al adoptar el compromiso de analizar «*el papel de la negociación colectiva en materia de Planes y Fondos de Pensiones*» y la problemática de las Comisiones de Control de los Planes y Fondos.

En esta línea de potenciación de la negociación colectiva en la regulación de los Planes de Pensiones —todavía insuficiente según una buena parte de la doctrina y no referida en exclusiva al convenio, sino a otros acuerdos colectivos o disposiciones equivalentes—, una primera modificación de relevancia en relación a la negociación colectiva es la de la posibilidad de que un mismo Plan tenga **más de un promotor**, lo que ahora se amplía a las empresas que tengan asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior a la empresa.

La segunda modificación de interés es la relativa a los mecanismos de **adhesión a un Plan**. Parte de la doctrina había ya puesto de manifiesto que la regulación que de esta cuestión se hacía en la LPFP suponía un freno a la implantación del convenio colectivo como fuente de constitución de los Planes, dado que la sola constitución de un Plan de Pensiones en un convenio colectivo no era suficiente, sino que precisaba la adhesión individual de los partícipes. Con la reforma operada por la Ley 24/2001 se admite que la adhesión se produzca a través de la previsión convencional de incorporación directa de la totalidad de los trabajadores a un Plan, de manera que mediante esta fórmula la adhesión se

producirá automáticamente, salvo manifestación en contrario del partícipe potencial por escrito y ante la Comisión Promotora o de Control del Plan. Medida ésta de la incorporación directa por la previsión del convenio que contribuirá seguramente a potenciar la intervención de la negociación colectiva en este campo y a fomentar los Planes de Pensiones del sistema de empleo.

La tercera novedad de interés es la introducción de un procedimiento nuevo para **modificar las especificaciones de un Plan**, previéndose a partir de ahora, junto a la posibilidad de modificar el Reglamento del Plan por acuerdo de su Comisión de Control, la de modificar el contenido del Plan por medio de acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores, siempre que ello haya sido previsto en el Reglamento del Plan. Limitación esta última que, sin duda, obedece a la previsión del artículo 192 LGSS, cuyo segundo párrafo prevé que *«no obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento»*, que cierra así la posibilidad de modificación de la mejora de que se trate —el Plan de Pensiones en este caso— a la existencia de una previa especificación en tal sentido.

Otra novedad operada en la LPFP por la Ley 24/2001 es la referida a la posibilidad de organizar **subplanes** para los distintos colectivos de trabajadores, posibilidad anteriormente reservada en exclusiva a la negociación colectiva y que incluso de esta manera arrojaba serias dudas acerca de si ello no constituía un supuesto de discriminación al permitir trato desigual para los distintos trabajadores adscritos a un mismo Plan de Pensiones. Pues bien, ahora se permite que los subplanes sean organizados, no sólo por un acuerdo colectivo, sino también por *«disposición equivalente o según lo previsto en las especificaciones del Plan de Pensiones»*, lo que va a permitir mayor riesgo de discriminación, al poderse acordar los subplanes en pactos alcanzados por sujetos no necesariamente vinculados a los intereses de la totalidad de los trabajadores.

La **Comisión Promotora** del Plan también se ha visto reformada: se trata de una comisión constituida por representantes de la parte promotora y de los potenciales partícipes, ampliándose ahora la parte social a los trabajadores aunque no sean potenciales partícipes, lo que permitirá que el Plan se constituya teniendo en cuenta los intereses generales y no sólo los de quienes pueden formar parte del Plan —piénsese en la posibilidad de que se establezca que sólo pueden acceder al Plan los que tengan una determinada antigüedad en la empresa, dado que se permite que se exija una antigüedad no superior a dos años—; ahora la representación es paritaria, perdiendo la mayoría absoluta de que disfrutaban los partícipes; la elección de los representantes se va a dar, además de mediante la

elección directa —posibilidad ya contemplada antes de la reforma—, por designación por parte de la comisión negociadora del Convenio y por acuerdo de los representantes de los trabajadores en la empresa.

Respecto de la **Comisión de Control**, que sucede a la Comisión Promotora cuando el Plan ya ha sido aprobado, se han operado también modificaciones, siendo la más destacable de todas ellas la de la paridad en la composición —promotores/partícipes-beneficiarios— por lo que estos últimos pierden la posición privilegiada que tenían y que se explicaba por ser los titulares de los recursos patrimoniales afectos a cada Plan —artículo 10.2 RFPF— y porque las aportaciones de los promotores al Plan se consideran salario en especie. La designación de quienes van a formar parte de la misma también se ha modificado, en la línea seguida para la Comisión Promotora.

c) **Las Entidades de Previsión Social Voluntaria —EPSV—** constituyen otro modo de protección social complementaria —en este caso para el ámbito de la CAPV—. Se regulan por Ley 25/1983, de 27 de octubre, del Parlamento Vasco y desarrolladas por Decreto 87/1984, de 20 de febrero, normas dictadas en ejercicio de la competencia exclusiva asumida por la CAPV en el Estatuto de Autonomía, cuyo artículo 10.23 así lo recoge en materia de «... *Mutualidades no integradas en la Seguridad Social...*». Conviene ahora aclarar que, pese a la consideración por la CAPV de que las EPSV obedecen a su condición de Mutualidades, lo cierto es que el TC ha terminado por considerar que las EPSV desempeñan función esencialmente aseguradora, por lo que les alcanzaría la legislación básica del Estado en materia de créditos, banca y seguros —competencia estatal según el artículo 149.1.11 CE—, y ello en SSTC 86/1989 —dictada en recursos de inconstitucionalidad promovidos por la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco contra la Ley Estatal de Ordenación de Seguros Privados de 1984—, aunque la posterior regulación de la materia en Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados ha matizado mucho esta primera impresión de sustancial sometimiento de la legislación vasca sobre las EPSV a la legislación estatal de seguros. Además, las SSTC 206/97 y 66/98 han determinado que junto a las previsiones constitucionales sobre competencias estatales, concurren en este caso las de los artículos 11.2.a) y 10.25 EAPV. Por lo demás, las entidades en cuestión tienen un régimen cercano al de los Planes de Pensiones, no sólo en cuanto a los beneficios fiscales de los que gozan, en clara muestra de la voluntad política de fomentarlos —en este sentido la STC 66/1998 tiene declarado que la mejor fiscalidad de los PFP estatales no vulnera ninguna competencia de la CAPV en esta materia—, sino también en cuanto a la triple tipología de las mismas en claro paralelismo con la de los Planes de Pensiones —EPSV con Plan de empleo, EPSV con plan asociado y EPSV con plan individual—, o en cuanto a la posibilidad de ser controladas por los poderes públicos, o en cuanto a la atribución de competencia para el conoci-

miento de los litigios promovidos entre sus órganos de gobiernos y sus asociados —art 2.d) LPL—.

Por otra parte, la mecánica de funcionamiento se asimila también a la de los Planes de Pensiones en cuanto a que son sostenidas por unos socios protectores —el empleador, equivalente al promotor—, y en beneficio de los socios ordinarios o de número —los trabajadores, en equivalencia a los partícipes—. También en el caso de las EPSV con plan de empleo, es habitual que la adquisición de la condición de socio de número venga dada por un acuerdo colectivo, pero en este caso no existe posibilidad de disposición ni para el empresario ni para el trabajador individual que no pueden decidir quedarse fuera de la EPSV si así se pactó colectivamente. Se observa así un especial reforzamiento de la fuerza vinculante del convenio colectivo, que va a tener eficacia general en la participación en una EPSV, al margen de voluntades individuales.

4. La modificación de las mejoras pactadas

La pervivencia en el tiempo de las mejoras en materia de prestación de jubilación que, en su mayor parte consisten habitualmente en prestaciones periódicas, como la propia pensión básica del sistema público y las transformaciones que pueden operarse en la realidad económica de las empresas, hacen que una de las cuestiones más controvertidas y de mayor trascendencia en la realidad sea la de la posibilidad de modificar —*in peius*, claro está— las mejoras preestablecidas, sea para eliminarlas, sea para reducir la prestación o alterar la esencia de la misma. Controversia que muestra una particular complicación cuando la mejora en cuestión hubiera sido constituida en instrumento colectivo.

En efecto, nos estamos planteando el problema de si las mejoras de Seguridad Social otorgadas con origen directo o remoto en la negociación colectiva pueden ser modificadas por un instrumento colectivo posterior. Cuestión que ha dado lugar en los últimos años a un buen número de conflictos y de litigios, que han sido resueltos por los Tribunales en el sentido que más adelante veremos. Problema que se nos muestra con extraordinaria crudeza si pensamos que, en muchas ocasiones, la mejora de la prestación de jubilación se vincula a jubilaciones anticipadas propiciadas por una situación de crisis en el seno de la cual se ha decidido colectivamente que la necesaria reducción de plantilla se produzca mayoritaria o exclusivamente mediante la extinción de los contratos de los trabajadores más cercanos a la edad de jubilación aunque sin alcanzar la edad mínima para acceder a la pensión pública de jubilación en su máximo porcentaje, lo que es paliado mediante mejoras o complementos del tipo que nos ocupan. Repárese en que en estas ocasiones la generación de pasivos es, entre otras medidas,

la que ayuda a mantener el resto de la plantilla; decisión que, por su carácter eminentemente solidario, resulta extraordinariamente eficaz, ya que sirve para mantener el empleo de unos mediante el sacrificio de otros —los que van a devenir pasivos—. De ahí que resulte cuando menos crudo que, una vez haberse generado los pasivos y habérseles garantizado un determinado nivel de ingresos mediante el abono de unos complementos de pensión de jubilación, habiendo contribuido tal pacto a conformar la voluntad de los trabajadores que pierden su empleo, un convenio colectivo posterior pudiera dejar sin efecto esas mejoras.

Una primera acotación a la respuesta viene dada por el anteriormente mencionado artículo 192.2 LGSS que prevé que, «... cuando ... un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento». De conformidad con esta previsión, cuando la mejora se ha establecido en un convenio colectivo, su modificación *in peius* sólo cabrá cuando ese mismo convenio o el posterior acuerdo individual, si lo hubiera, hayan previsto esta posibilidad de anulación o disminución y el procedimiento a seguir; algo que en la negociación colectiva no acostumbra a darse.

Esta primera aproximación a la respuesta responde a la lógica de que el trabajador que ve extinguido su contrato y pasa a situación de jubilación viendo completada la pensión básica que va a percibir, sabiendo a ciencia cierta que en el futuro, en determinados supuestos y de acuerdo con determinado procedimiento, puede perder o ver reducida la mejora, pacta esa mejora en tales condiciones y lo hace con cabal conocimiento del riesgo que corre.

Ahora bien, el problema no se resuelve con la facilidad que parece. Así, no sólo un pacto en tal sentido, como ya se ha dicho, es infrecuente, sino que, además, no es ésta la interpretación unívoca que se da al precepto. En efecto, algunos autores entienden que, pese a que la jurisprudencia no ha interpretado directamente dicho inciso final del artículo 192.2 LGSS, lo cierto es que en las numerosas ocasiones en que ha tenido que pronunciarse sobre la adecuación a derecho de la modificación *in peius* o de la supresión por parte de un convenio de una prestación complementaria de jubilación pactada en un convenio colectivo anterior no se ha parado a analizar si el convenio que constituyó la mejora había o no previsto esa alteración y había o no regulado un procedimiento de modificación del régimen jurídico por el que la mejora se había venido rigiendo hasta entonces. Este sector doctrinal entiende que la jurisprudencia viene entendiendo que la norma a que nos referimos sólo impone que la modificación o supresión de la mejora se produzca en un título similar a aquel en que la mejora se creó, de modo que si la mejora se instituyó por contrato individual o concesión unilateral del empleador, la alteración de la misma habrá de seguir el cauce general al que responde la alteración de las condiciones más beneficiosas de origen

contractual, pero que si la mejora se creó en un convenio colectivo, otro posterior puede modificarla, ya que el sistema es «*susceptible de modificación o supresión mediante un instrumento equivalente al de su implantación*» —STS de 17 de enero de 1996 - A. 4120—. A mi entender esta no es la interpretación que corresponde al precepto en cuestión, cuya dicción es bastante más rigurosa que la sola exigencia de correspondencia o equivalencia entre el título constitutivo de la mejora y el de su modificación posterior, sino que tiene un mayor calado, en aras a dotar de seguridad a quien deviene pasivo en unas determinadas condiciones, entre las que se halla la percepción de una prestación complementaria de jubilación. La interpretación que este sector doctrinal hace de la norma y la interpretación atribuida al TS, aunque nunca ha interpretado expresamente la misma, supone que, en realidad, el inciso final del artículo 192.2 LGSS nada en absoluto aporta al sistema y régimen general de la disposición de condiciones más beneficiosas de origen contractual o colectivo, por lo que sería una norma de todo punto innecesaria. Por ello, el mantenimiento de este precepto desde la LGSS de 1974 —artículo 182.2 entonces— significa que el legislador ha querido aportar un sistema de modificación *in peius* y de supresión de las mejoras que se aleja del que rige para la modificación de cualquier condición más beneficiosa. Además, su concreta dicción, exigiendo que el derecho a la mejora de una prestación periódica no pueda ser anulado o disminuido «*si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento*» supone que han de existir unas normas o cauces de conformidad a las cuales se puede producir la alteración. En este sentido se pronunció la Sala de lo Social del TSJPV en Sentencia de 2 de noviembre de 1999 —Recurso 1078/99—, que ha devenido firme, dado que, habiendo sido recurrida en casación para unificación de doctrina, el TS entendió que no existía la contradicción alegada.

Pero en cualquier caso, hemos de seguir planteándonos la cuestión antes formulada, que requiere el examen de diversos elementos: la posibilidad de disposición por un convenio de las mejoras reconocidas en uno anterior; la eficacia personal del convenio en relación con los pasivos y la representación de éstos; y el modo en que, en consecuencia, pueda articularse la defensa de los jubilados beneficiarios de la protección complementaria.

a) Respecto a **la posibilidad de disposición por un convenio de las mejoras reconocidos en uno anterior**, comenzaremos recordando que, con carácter general las tesis doctrinales y jurisprudenciales mayoritarias que sostenían que un convenio colectivo podía modificar *in peius* las condiciones establecidas en un convenio anterior tuvieron reconocimiento legal, al plasmarse en ET tras la reforma operada por la Ley 11/1994. En efecto, el actual artículo 82.4 prevé que «*El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio*», en tanto que el artículo 86.4 dispone que «*El convenio que sucede a uno anterior dero-*

ga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan». Es decir, que como la jurisprudencia había señalado, «los convenios colectivos limitan su vigencia al ámbito temporal pactado, sin que, vencido éste y sustituido el convenio por otro posterior, puedan mantener eficacia cláusulas de aquél que fueran contrarias a las contenidas en éste, incluso cuando la nueva cláusula comparada con la precedente pudiera ser considerada menos favorable, ya que no parece pueda ser actualmente considerado como principio informador del ordenamiento laboral el llamado de irreversibilidad. Consiguientemente, el valor normativo que corresponde a los convenios colectivos estatutarios, determina, ante la sucesión de convenios colectivos, la aplicación del vigente, pues esto es lo que procede conformar al principio de modernidad.» —STS de 11 de mayo de 1992 - A. 3542—.

No se duda que, en principio, este principio ya legal de disponibilidad por un convenio colectivo posterior de los derechos reconocidos en el convenio anterior sea de plena aplicación a las mejoras voluntarias constituidas convencionalmente. Ahora bien, esta primera conclusión requiere ser inmediatamente matizada: en primer lugar, recordemos la interpretación propuesta para el último inciso del artículo 192.2 LGSS, que se constituye en un primer límite a la posibilidad de disponibilidad de las mejoras por un convenio posterior; en segundo lugar, hemos de acudir a la, en mi opinión, imprescindible distinción entre mejoras o derechos en grado de expectativa, de un lado, y derechos ya consolidados, de otro.

Distinción que no sólo tiene su base en la garantía de «*irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*» del artículo 9.3 CE, garantía que podría alcanzar a la privación de derechos consolidados a una prestación de seguridad social, aunque no a situaciones futuras —STC 199/1990, de 10 de diciembre—. La cuestión estriba en interpretar qué haya de entenderse por situaciones futuras, o por mejoras a percibir en el futuro.

En tal sentido, obvio es decir que no constituyen situaciones asimilables las de los trabajadores que aún no han consolidado derechos de protección social complementaria previstos en un convenio colectivo y las de aquellos que ya han devenido pasivos y comenzado a percibir la mejora. En este último supuesto entiendo que nos hallamos ante un derecho ya consolidado e inatacable, aunque su devengo no sea a tanto alzado sino periódico y, por ello, diferido en el tiempo. Pese a ello, resulta imprescindible exponer brevemente la jurisprudencia del TS que establece lo contrario y que resulta condensada en la STS de 9 de febrero de 1999 —A. 2483—, en la que se razona que «*las mejoras de la Seguridad Social y sus modificaciones entran dentro del ámbito de la contratación colectiva y que la contratación colectiva puede modificar dichas mejoras reducirlas e incluso suprimirlas, así lo ha declarado la Sala en sus sentencias de 30 de Septiembre de 1993, 16 de Diciembre de 1994 y 20 de Diciembre de 1996*». Ahora bien, en todos esos previos pronunciamientos, y en otros también, el TS se manifiesta sobre la posi-

bilidad que tiene el convenio colectivo de suprimir los incrementos de pensiones complementarias, aludiendo al principio de modernidad y a la inconveniencia de la petrificación de los convenios. También en la última STS mencionada, de 9 de febrero de 1999 la litis versaba sobre la supresión de los incrementos de pensiones de jubilación operada en un convenio colectivo. Ahora bien, pese a haber hecho el TS estos pronunciamientos en litigios sobre incrementos de pensión, en los que no existe problema para declarar la virtualidad del convenio para la supresión de los incrementos, que tienen vigencia limitada a la vida del convenio que los fija y no vinculan a incrementos que pudieran no ser ya acordados en sucesivos convenios, la doctrina ha interpretado que ese pronunciamiento que hemos transcrito permite concluir que el convenio posterior puede reducir o suprimir las mejoras voluntarias de Seguridad Social.

Sin embargo, pese a la apariencia de que se trata de una cuestión ya zanjada por la jurisprudencia, lo cierto es que la cuestión sigue planteando problemas importantes, y la doctrina sigue discutiendo acerca de la posibilidad de la adecuación a derecho de una negociación colectiva concesiva, esto es, que disminuya o suprima complementos de pensión afectando a derechos ya causados. Desde luego que no se discute la conformidad a derecho de tal posibilidad en relación con aquellos trabajadores que aún no han devengado el derecho, o no han adquirido el derecho a la mejora, pues el convenio puede disponer de tales derechos. En tal sentido cabe señalar que la Sala de lo Social TSJ en la precitada sentencia de 2 de noviembre de 1999, modificando criterio anterior, ha declarado que *«... el artículo 149 del XIV Convenio de la demandada habría sustituido un sistema de mejoras por otro, lo que tendrá plena eficacia para aquellos que devengan pasivos durante la vigencia del Convenio, pero no respecto de aquellos que ya habían alcanzado con anterioridad tal condición y adquirido el derecho a percibir su pensión complementaria, al producirse el hecho al que dicha adquisición se vinculó (la jubilación anticipada, u otro). Y ello, por cuanto que los actores adquirieron su derecho en unas determinadas condiciones de duración en el tiempo (derecho vitalicio, o sometido a otras vicisitudes, como un ulterior matrimonio para los preceptores de pensión de viudedad), condiciones en las que el derecho se perfeccionó, sin que pueda quedar sometido a vicisitudes distintas, como la negociación y aprobación posterior de un Convenio que pretenda disponer de esos derechos. Ciertamente, el derecho de los actores ya había sido adquirido y consolidado, con independencia de que, por su peculiar contenido, se haga efectivo de manera diferida en el tiempo mediante el abono de una prestación periódica. En efecto, el derecho de los actores había quedado consolidado bajo la vigencia de un Convenio anterior, al haberse producido bajo su imperio el hecho del que la norma hacía depender su aplicación, de manera que, en caso de sucesión normativa del artículo 86-4 ET, como sucede aquí, la disponibilidad de un Convenio sobre las mejoras reconocidas en uno anterior es tan sólo relativa, no pudiendo afectar a las que ya se hubieran consolidado».*

b) La respuesta dada al problema así planteado tiene mucho que ver con la cuestión referida a la **eficacia personal del convenio colectivo**. En efecto, si se responde que el convenio posterior puede disponer de los derechos ya consolidados por los pasivos de una determinada empresa, en tal pronunciamiento se halla implícita la consideración de que los pasivos se hallan incluidos dentro del ámbito personal del convenio y que las organizaciones sindicales negociadoras del convenio —o la representación unitaria, en su caso— representan también a los pensionistas que ya no forman parte de la plantilla de la empresa. Algo que permite una más que sería crítica, pese a que no se desconoce que tanto el TC como el TS se han pronunciado sobre esta cuestión y el sentido de tales pronunciamientos. En efecto, la STS de 11 de marzo de 1997 —A. 2309— ha razonado como sigue: *«Es cierto, como se afirma en el recurso, que ya no son en sentido estricto empleados de la empresa. Pero no es menos verdad que sí están incluidos en el ámbito personal del convenio colectivo, y que son destinatarios de las normas o regulaciones contenidas en el mismo en calidad de antiguos trabajadores de RENFE»*. En el mismo sentido, las SSTS del TS de 20 de diciembre de 1996 —A. 9812— y de 9 de febrero de 1999 —Recurso de casación 1394/98—, razonándose en la primera de las citadas que *«cuando en un convenio o pacto colectivo se establece una modificación de las pensiones complementarias que viene abonando la empresa o empresas afectadas, los pensionistas o prejubilados a los que alcanza tal medida son, sin duda alguna, parte en dicho convenio ... pues se trata de personas comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio, no siendo en absoluto ajenas o extrañas a tal ámbito»*. Es de notar que el TC sigue este mismo camino, e incluso reproduce estos mismos razonamientos, todo ello al hilo de la resolución de recursos de amparo interpuestos por grupos de jubilados de ERCROS contra las Sentencias del TS que habían confirmado otras tres sentencias denegatorias de la legitimación de esos grupos de jubilados y pensionistas para impugnar un Convenio colectivo que reducía las mejoras voluntarias a las que tenían derecho —SSTC 88, 98 y 90/ 2001—.

Pues bien, pese a la contundencia de la respuesta, lo cierto es que la crítica es posible. En efecto, la simple afirmación de que los jubilados y pensionistas se encuentran dentro del ámbito personal del Convenio que va a disponer de las mejoras establecidas en su favor por un convenio anterior sólo parte de una constatación, cual es la de que, ciertamente, el convenio puede afectarles, en cuanto que puede causar modificaciones en su esfera patrimonial. Ahora bien, como algún sector doctrinal ha puesto de manifiesto, ello no es necesariamente consecuencia del entendimiento de semejante amplitud de la eficacia personal del Convenio asimilando a los pensionistas y jubilados a los trabajadores en activo afectados por el mismo, sino que tal afectación a los pasivos puede darse entendiendo que se trata, por ejemplo, de una estipulación a favor de tercero de las contempladas en el artículo 1257 CC. A ello abunda otro razonamiento,

cual es el de la representación de los pasivos en la negociación colectiva. Ciertamente, ni los jubilados han participado en las elecciones a los órganos de representación unitaria, ni las asociaciones no sindicales que pueden constituir al amparo del artículo 3.1 LOLS participan en la negociación, ni tienen posibilidad de incidir en la negociación colectiva de ninguna manera. Ello se muestra especialmente crudo cuando se observa la realidad, que nos brinda un panorama de cierta facilidad y proclividad sindical para disponer *in peius* de los derechos de los pasivos en la negociación colectiva, dado que se tiende a favorecer a los activos por razones que pueden ser diversas, habiéndose apuntado incluso por algún autor, que esta situación posibilita incluso una cierta intercambiabilidad entre los beneficios de los pasivos y los que afectan a los activos, que son la clientela natural de los sindicatos. Sea como fuere, lo cierto es que la realidad creada merece ser replanteada, puesto que, como la Sala de lo Social del TSJPV razonó en la ya aludida sentencia de 2 de noviembre de 1999, «*Una solución distinta podría dar, además, lugar a injustas e indeseables consecuencias: téngase en cuenta que, en la empresa demandada, como en otras muchas empresas en crisis o en ciertas dificultades económicas, o de otro tipo, es frecuente que, entre otras soluciones, se acuda a la reducción de plantilla que se produce, en gran parte, mediante la extinción de los contratos de los trabajadores más cercanos a la edad de jubilación y, en todo caso, antes de acceder a la edad mínima para acceder a la pensión pública de jubilación en su máximo porcentaje, lo que es paliado mediante mejoras o complementos del tipo de las que nos ocupan. En efecto, es la generación de pasivos la que, entre otras medidas, ayuda a mantener otros trabajadores en activo. De ahí que tanto cuando ello se produce mediante decisiones unilaterales de empresa (contractualizadas mediante la aceptación por parte de los trabajadores afectados) como cuando se producen trayendo causa remota o inmediata en la negociación colectiva, resulta una medida extraordinariamente eficaz, por solidaria, ya que sirve para mantener el empleo de unos mediante el sacrificio de otros (los que van a devenir pasivos). Por ello, resultaría contrario a toda idea de justicia que, una vez haberse generado los pasivos y habérseles garantizado un determinado nivel de ingresos mediante el abono de unos complementos de pensión, un Convenio Colectivo posterior pudiera dejar sin efecto esas mejoras y afectar tal medida a quienes vieron extinguidos sus contratos bajo el Convenio anterior.*».

Tampoco se trata ahora de adoptar una posición antisindical, pero la insistente realidad de una negociación colectiva manifiestamente a la baja en materia de complementos de pensión revelan que en una negociación en la que los intereses de los trabajadores en activo y los de los pasivos son, no sólo distintos, sino clara y naturalmente enfrentados —a los activos les interesa, sin duda, sanear económicamente la empresa para asegurar en la medida de lo posible, su futuro—, el sindicalismo ha optado por la defensa de los intereses de quienes están llamados a sostener su actividad, esto es, a sus clientes, que no son otros que

los activos, que contribuyen a su legitimación para seguir negociando, a través de la elección de los órganos unitarios y de la consecuente audiencia electoral de las organizaciones sindicales. No olvidemos que la crítica a una determinada línea de actuación sindical no supone deslegitimación alguna del trascendental papel de los sindicatos en la regulación de las relaciones y las tensiones laborales, como tampoco la crítica a la actuación de los partidos políticos —en la que los sindicatos acostumbran a participar de manera determinante y relevante, en ocasiones, permitiría acusar a los sindicatos de contribuir a la deslegitimación del sistema de partidos que funciona en la democracia española—.

c) Además de esas consecuencias nefastas, hemos de hablar de otra que se deriva de la consideración de los pasivos como afectados por el convenio en condición similar a como lo están los trabajadores en activo incluidos dentro del ámbito de aplicación del mismo. La cuestión es la relativa a la **defensa de los intereses de los pasivos respecto de una negociación colectiva concesiva**. Ya hemos puesto de relieve la difícil defensa de los intereses de estos colectivos en el marco de la propia negociación, habida cuenta de la falta de representación real de los mismos. Pero a ello se une la también difícil defensa de sus intereses en el marco de un litigio judicial. Me refiero a la imposibilidad declarada de impugnar el convenio mediante el cauce procesal previsto en los artículos 161 y siguientes LPL, denunciando la ilegalidad o la lesividad del convenio. Respecto a la impugnación por causa de ilegalidad, la respuesta negativa es clara, al reservar el artículo 163.1.a) LPL la legitimación activa *«a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas»*. También resultará rechazada la legitimación activa por causa de lesividad. En efecto, tanto el TS como el TC han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, habiendo declarado que procede aplicar analógicamente a los pensionistas la excepción del artículo 163.1.b) LPL, que prevé que *«no se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio»*, todo ello como consecuencia de los razonamientos antes expuestos acerca de la consideración de los pensionistas como incluidos en el ámbito personal del convenio. Pues bien, el TC ha denegado el amparo solicitado por tres grupos de pasivos del grupo ERCROS frente a sendas sentencias del TS que les habían negado legitimación para impugnar un acuerdo colectivo que reducía los beneficios a que tenían derecho, lo que se ha plasmado en las SSTC 88, 98 y 90 /2001, a las que más arriba hemos hecho ya alusión. El TC considera que esa limitación parte de la no consideración de terceros de los pensionistas —lo que ya hemos visto más arriba— y concluye que ello no vulnera ni la prohibición de discriminación del artículo 14 CE ni el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, si bien sostiene —y aquí se halla el interés de estas sentencias— que los pensionistas pueden defender sus intereses por una vía procesal que no implique la impugnación directa de la norma colectiva. Se abre así la posibilidad de atacar el convenio sin solicitar su

nulidad, algo que los tribunales ordinarios habían venido negando cuando sostenían que era inevitable aplicar el convenio en tanto que su ilegalidad no fuera declarada a través del correspondiente proceso impugnatorio, lo que había ya empezado a plasmarse en la STC 56/2000. Desde luego, mantener la imposibilidad de impugnar el convenio por la modalidad procesal correspondiente y al tiempo declarar la inadecuación del proceso ordinario para combatir una determinada cláusula convencional habría supuesto una absoluta desprotección de estos colectivos e individuos y una privación inexplicable e insostenible del derecho a la defensa en el marco de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 CE.

d) Similares consideraciones cabe hacer en el supuesto de la **sucesión de empresa**, habida cuenta de que el artículo 44.1 ET, en redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, establece que *«el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior; incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente»*. Previsión que, aunque no se contemplaba de manera expresa en la anterior redacción del precepto, que sólo se refería a la subrogación *«en los derechos y obligaciones laborales del anterior»*, ya había sido interpretado extensivamente por la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de entender incluidas las obligaciones de Seguridad Social y que ello alcanzaba a la protección complementaria, a pesar de que la Directiva 77/187/CEE exceptuaba de la subrogación ciertos compromisos por pensiones privadas, entre ellos, la jubilación derivada de regímenes complementarios de previsión, lo que fue modificado por la Directiva 98/50/CE, que previó la no subrogación, salvo que los estados miembros establecieran otra cosa, y similar solución brinda la Directiva 2001/23/CE .

Así, operada la sucesión, la subrogación en las obligaciones de protección social complementaria operará, ya se hubieran adquirido por el empresario estos compromisos en virtud de concesión unilateral, en virtud de contrato individual o como consecuencia de la negociación colectiva. Esto último nos va a llevar a traspasar a este momento todo lo apuntado respecto de la sucesión de convenios y la entrada en vigor de normas convencionales que disminuyan o supriman mejoras pactadas en instrumentos colectivos anteriores. A este respecto, como única especialidad a reseñar para el caso de la sucesión de empresa, ha de recordarse que el apartado 4 del artículo 44 ET prevé que *«salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del*

convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida».

5. El futuro

Los problemas reales, de manifiesta trascendencia para la vida de las personas, que plantea la negociación colectiva de aspectos relacionados con la jubilación de los trabajadores, cuales la posibilidad de fijar un límite máximo de edad para trabajar y la regresión convencional en las condiciones pactadas acerca de complementos de pensión, obligan a replantearse algunas de las respuestas que a estos problemas se ha dado. El Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva para el año 2002 no contiene previsión alguna al respecto, y no es de esperar que futuros acuerdos interprofesionales ni convenios colectivos vayan a aclarar las oscuridades que han permitido las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales a las que antes nos hemos referido. Pese a todo, va a ser absolutamente preciso que esas respuestas sean, cuando menos, repensadas, lo que podría permitir que el amplísimo margen de disponibilidad de que gozan los sujetos legitimados para negociar colectivamente sea reubicado dentro de unos límites que, sin negar a la actividad sindical y, por ende, a la negociación colectiva la representación de intereses colectivos por encima de los intereses individuales de los representados, permitan la adecuada tutela de los derechos e intereses de los individuos y grupos probablemente más desprotegidos. La tan anunciada futura reforma de la negociación colectiva podría ser un momento interesante para estos planteamientos. Sólo hace falta que los sindicatos entiendan la necesidad de protección de ciertos intereses, aunque los mismos no puedan conectarse a un futuro sostenimiento de la actividad sindical, o sea, aunque ello no sea electoralmente, que sí sindicalmente, rentable. Todo ello, claro está, sin contribuir aún más al debilitamiento de la negociación colectiva operado desde la reforma del ET en 1994 y favoreciendo que los intereses sindicales no sean sólo, aunque también, intereses de los Sindicatos.