

LA EXTERNALIZACIÓN DE LOS PREMIOS DE JUBILACIÓN

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*

LOURDES LÓPEZ CUMBRE**

AL MAESTRO AURELIO MENÉNDEZ

Hoy es el resultado de tu sangre,
dolor que reconozco, luz que admito,
sufrimiento que asumo,
amor que intento.

ÁNGEL GONZÁLEZ, *El Futuro*.

SUMARIO: I. EL PROCESO DE EXTERNALIZACIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES. 1. Obligación legal de externalizar los compromisos por pensiones. 2. Sobre el concepto "compromisos por pensiones". *2.1. Los compromisos por pensiones tras la reforma de 1995. 2.2. Compromisos por pensiones y mejoras voluntarias.* 3. Los premios de jubilación y el proceso de externalización. II. CARACTERIZACIÓN DE LOS PREMIOS DE JUBILACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 1. Presupuestos básicos de los premios de jubilación. 2. La conexión entre los premios de jubilación convencionales o contractuales y la jubilación del sistema de Seguridad Social. 3. La tipificación de los premios de jubilación en la negociación colectiva. *3.1. Premios de jubilación y edad de jubilación. 3.2. Premios de jubilación y pago a tanto alzado. 3.3. Premios de jubilación y antigüedad en la empresa. 3.4. Premios de jubilación y tipo de convenio en el que se establecen.* III. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE EXTERNALIZAR LOS PREMIOS DE JUBILACIÓN.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid. Letrado ejerciente.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid (En comisión de servicios en la Universidad de Cantabria).

I. EL PROCESO DE EXTERNALIZACIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES

1. Obligación legal de externalizar los compromisos por pensiones

1. Como es sabido, la DA 11ª Ley 30/95, 8 nov., BOE, 9 de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (en adelante, LOSSP) introdujo una nueva dicción de la DA 1ª Ley 8/87, 8 jun., BOE, 9 de Planes y Fondos de Pensiones (en adelante, LPFP/87). En atención a la misma, "los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos. Una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguro y planes de pensiones. A estos efectos, se entenderán compromisos por pensiones los derivados de las obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el art. 8.6. Tales pensiones podrán revestir las formas establecidas en el art. 8.5 y comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos, cualquiera que sea su denominación...". Aun cuando la LPFP/87 ha sido derogada y sustituida por el nuevo Texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (RD-Leg. 1/2002, 29 nov., BOE, 13 dic., en adelante LPFP), la DA 1ª del nuevo texto legal se mantiene inalterada por lo que no ha perdido vigencia el comentario de la misma que pueda hacerse al respecto.

En todo caso, tanto con la LPFP/87 como con la vigente, la significativa reforma legislativa que supuso la LOSSP en punto a la externalización obliga a la conversión de parte de los fondos internos existentes bien en un plan de pensiones bien en un contrato de seguro, imponiendo que tales compromisos "salgan del poder de disposición del empresario". Sobre todo cuando el último párrafo de la DA 1ª LPFP señala que "en ningún caso, resultará admisible la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de éste de la titularidad de los recursos constituidos". Tras sucesivas prórrogas para facilitar el cumplimiento normativo, la ley estableció un plazo último que concluyó el 16 de noviembre de 2002, con una única excepción relativa a las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores, que pueden mantener los fondos internos constituidos

para los compromisos ya adquiridos, aunque no para los nuevos a contraer (DT 14ª LOSSP). Esta DT 14ª LOSSP ha sido expresamente derogada por la nueva LPFP (DD Unica) pero su contenido se ha reproducido casi íntegramente en la DT 4ª de dicha LPFP que permite excepcionalmente “el mantenimiento de los compromisos por pensiones asumidos mediante fondos internos por las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores. Para que dichos fondos internos puedan servir a tal finalidad deberán estar dotados con criterios, al menos, tan rigurosos como los aplicables a los asumidos mediante planes de pensiones y habrán de ser autorizados por el Ministerio de Economía, previo informe del órgano o ente a quien corresponda el control de los recursos afectos, el cual supervisará el funcionamiento de los fondos internos y podrá proponer al Ministerio de Economía la adopción, en su caso, de las medidas correctoras pertinentes, e incluso la revocación de la autorización administrativa concedida, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezca”.

Con todo, la envergadura de estas modificaciones legislativas no se entendería sin aludir a otros instrumentos normativos importantes, entre ellos el RD 1589/99, 15 oct., BOE, 26 que modifica el RD 1307/88, 30 sept., BOE, 1 oct., por el que se desarrolla la LPFP (en adelante, RPPF); el RD 1588/99, 15 oct., BOE, 27, por el que se aprueba el Reglamento sobre instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios (en adelante, RDICP) que sirve para completar algunos aspectos referidos a los compromisos por pensiones; la DA 11ª LOSSP que modifica la LPFP y los arts. 29, 30 y 119 de la Ley 66/97, 30 dic., BOE, 31 que introducen, asimismo, modificaciones de relieve en materia de planes y fondos de pensiones. Más recientemente, el art. 32 de la Ley 24/01, 27 dic., BOE, 31 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en un intento de precisar el contenido de estos compromisos por pensiones y a través de una nueva modificación del RPPF, ha confirmado que el contenido de estos últimos está conformado tanto por la jubilación como a las situaciones asimilables a la misma admitiendo que "de no ser posible el acceso a tal situación, la prestación equivalente sólo podrá ser percibida a partir de que se cumplan los sesenta años" (art. 16.2 RPPF).

2. No obstante, en una visión de conjunto la reforma de mayor interés ha sido la que el art. 7 RDICP ha provocado en relación con la noción legal misma de los compromisos por pensiones. Como tal habrán de considerarse los “derivados de las obligaciones legales o contractuales de la empresa, con el personal de la misma, recogidas en convenio colectivo o disposición equivalente, que tengan por objeto realizar aportaciones u otorgar prestaciones vinculadas a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 de la Ley 8/87... Ta-

les pensiones podrán revestir las formas establecidas en el artículo 8.5 de la citada Ley y comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos cualquiera que sea su denominación”. Aclara la norma, que “la instrumentación de los compromisos por pensiones se deberá realizar aun cuando la adquisición o mantenimiento de los derechos derivados del compromiso se condicione al cumplimiento de determinados requisitos”. Excluyendo, como ya ocurriera con anterioridad, “los compromisos de las empresas con sus trabajadores o beneficiarios vinculados a las contingencias previstas que no sean dinerarios” (art. 7.3 RDICP).

Ha sido este precepto el que, a su vez, ha intentado resolver una polémica que venía siendo alimentada desde la aprobación de la LOSSP. Se trata de la redefinición de los compromisos por pensiones como las obligaciones legales o contractuales "recogidas en Convenio Colectivo o disposición equivalente" (art. 7 RDICP). Se considerarán disposiciones equivalentes al Convenio Colectivo “los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal u otros acuerdos o decisiones, cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones. Asimismo tendrán tal consideración las actas de constitución, estatutos o reglamentos de mutualidades de previsión social, fundaciones laborales y cualquier otra fórmula o institución de previsión del personal, siempre que en los documentos enumerados las empresas asuman compromisos por pensiones”. Incluyendo en tal categoría, por último, a los compromisos que no hayan sido suspendidos unilateralmente por la empresa. Una reforma importante toda vez que, con anterioridad, la expresión "obligaciones legales y contractuales" se consideraba circunscrita a las derivadas de la ley o del contrato y no a las originadas por la negociación colectiva. En verdad, se planteaba con aquella literalidad un contrasentido pues si una de las principales características de la previsión complementaria en el ámbito de la empresa es la voluntariedad en su establecimiento, es difícil imaginarse el supuesto en el que el compromiso por pensión entre un empresario y sus trabajadores derive de una ley. Por eso, el carácter normativo y la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos estatutarios permitía, ya desde la LOSSP, darle sentido a esta referencia, aun cuando resultara evidente que el legislador no solía utilizar la expresión obligaciones legales para definir las establecidas en la negociación colectiva. En cualquier caso, la terminología utilizada en la LOSSP no parecía del todo afortunada desde el momento en que la obligación –fuera legal o contractual– deriva de un compromiso, esto es, de una previa negociación entre las partes involucradas que bien pudiera ser individual o colectiva. Lo que el legislador pretendía acentuar es que esos compromisos por pensiones tienen carácter obligatorio para el empresario, habiéndose inspirado muy previsiblemente en la terminología utilizada en el Plan General de

Contabilidad en el que la provisión para pensiones u obligaciones similares aparece definida como aquellos "fondos destinados a cubrir las obligaciones legales o contractuales referentes al personal de la empresa con motivo de su jubilación o por otras atenciones de carácter social (viudedad, orfandad, etc)". Por lo demás, la realidad demuestra que la mayor parte de los compromisos por pensiones han sido establecidos "por" y "en" la negociación colectiva. Por lo que la reforma introducida por el RDICP viene a consolidar una interpretación que ya se había hecho extensiva en la práctica.

Mención especial merecen en este punto los compromisos alcanzados por otro tipo de negociación colectiva, en concreto los pactos de empresa o los convenios extraestatutarios. Tras la entrada en vigor del mencionado art. 7 RDICP, no cabe duda alguna de que la fuente de establecimiento de estos compromisos no es solo la negociación colectiva "tradicional" o estatutaria sino cualquier tipo de "convenio colectivo o disposición equivalente", englobando en esta categoría todo tipo de pactos o acuerdos de carácter colectivo independientemente de su naturaleza y al margen de su eficacia toda vez que los compromisos derivan no sólo de esta fuente convencional sino de la legal y de la contractual. Esto permite incluir a la mayor parte de los pactos o acuerdos en los que, en la práctica, se incluyen estos compromisos y que no suelen ser los convenios estatutarios sino los pactos o acuerdos de empresa, incluso algunos de ellos suscritos ad hoc para fijar estos compromisos. Como es sabido, los acuerdos de empresa constituyen una modalidad atípica de la negociación colectiva que se regula parcialmente en la LET, pero no en el título III, por lo que se cuestiona su naturaleza normativa. También son admitidos como fuentes otros acuerdos o decisiones "cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones" por lo que cualquier manifestación de voluntad del empresario puede ser fuente de establecimiento de los compromisos por pensiones, incluyendo como tal "las actas de constitución, estatutos o reglamentos de mutualidades de previsión social, fundaciones laborales y cualquier otra fórmula o institución de previsión del personal, siempre que en los documentos enumerados las empresas asuman compromisos por pensiones" (art. 7 RDICP).

2. Sobre el concepto "compromisos por pensiones"

2.1. Los compromisos por pensiones tras la reforma de 1995

1. Confirmada, por tanto, la obligación de externalizar los compromisos por pensiones se impone el análisis del contenido de los mismos. Desconocido

en la normativa anterior, el concepto de *compromisos por pensiones* es un concepto creado *ad hoc* por la LOSSP que contiene, a su vez y en su redacción originaria, una definición del mismo considerando como tales y a efectos de esta norma, a aquellos derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el art. 8.6 LPFP [jubilación o situación asimilable, invalidez total, absoluta y gran invalidez y muerte del partícipe o del beneficiario]. Tales pensiones podrán revestir las formas establecidas en el art. 8.5 [prestación en forma de capital, en forma de renta y mixta] y comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos, cualquiera que sea su denominación.

Al modo en que se establecieran las mejoras voluntarias, los compromisos por pensiones se conciben como "obligaciones legales o contractuales del empresario", restringidas en esta ocasión únicamente a las contingencias previstas en el art. 8.6 LPFP, y tras la reforma del RFPF, en el art. 16 del mismo. Se incluyen entre estas obligaciones no sólo los compromisos sino las "prestaciones causadas" –de aquellos compromisos "vinculados a las contingencias establecidas"– (DA 1ª LPFP). De lo que se desprende, en principio, una nueva limitación y es que no todas las prestaciones causadas o los compromisos que vinculen a la empresa son objeto de esta protección sino exclusivamente los que se deriven de aquellas contingencias que se recogen en los arts. 8.6 LPFP y 16 RFPF. Conviene recordar en este punto que la Directiva 80/987/CEE, 20 oct. (DO.L.283, 28 oct.80), elemento de referencia obligada en esta materia, únicamente establece la obligación por parte de los Estados miembros de garantizar, en caso de insolvencia, los "derechos adquiridos" o "en curso de adquisición" a "prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes" (art. 8), instituyendo la LOSSP un marco de garantías más amplio al incluir asimismo la contingencia de incapacidad permanente.

2. La delimitación del contenido de estos compromisos por pensiones no es una cuestión estrictamente formal o terminológica. Porque la clave no se encuentra, pese a lo que pudiera parecer, en la denominación compromisos por "pensiones". Sabido es que tanto las prestaciones como las pensiones son el objeto de la relación de protección constituida por una atribución patrimonial en dinero o en especie, destinada a subvenir a la situación de necesidad actualizada del beneficiario, siempre –habría que añadir– que concurren los requisitos delimitadores del hecho causante. Las normas reguladoras de estos complementos o mejoras han dado oportuna cuenta de los posibles conflictos que se podrían originar si sólo se establecían dichas mejoras para las *pensiones* del sistema. De ahí que, desde la referencia más genérica a las "mejoras volunta-

rias de la *acción protectora*" (arts. 39 y 191 LGSS) hasta la específica consideración de las "mejoras directas de las *prestaciones*" (art. 192 LGSS), quepa la aplicación del régimen jurídico previsto para las mismas toda vez que la pensión no es sino una forma más de protección, consecuencia directa del último inciso del art. 41 CE respecto de los complementos a las *prestaciones* de la Seguridad Social. Ello no impide, sin embargo, tener en cuenta cómo el legislador reserva la denominación de "prestaciones" para las ayudas temporalmente limitadas y el de pensiones para las ayudas vitalicias o de duración amplia o indeterminada. Y tampoco evita señalar cómo el legislador de los planes y fondos de pensiones ha optado por las que típicamente son consideradas "pensiones" –jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia– y no por otro tipo de prestaciones para garantizar su cobertura a través de la externalización.

El elemento determinante se encuentra, probablemente, en una cuestión más de fondo que pudiera llevar a alterar el régimen jurídico de las mejoras voluntarias. El tratamiento homogéneo de las mismas había propiciado que se utilizara para todas idéntico criterio y que a todas ellas les fueran de aplicación los principios o reglas anteriormente explicitados. Sin embargo, la ley que pretende garantizar el cobro de una parte de las mismas no se refiere a *todas* sino únicamente a *algunas* de las mejoras de previsión social que la empresa establezca en su seno. Sólo aquéllas que operan sobre quienes pudieran ser considerados *inactivos definitivos* de la empresa –jubilados, inválidos o herederos del fallecido– obtienen este sistema "cuasi-pleno" de garantías frente a quienes, por ser *inactivos temporales* –incapacitados temporales, beneficiarios de la cobertura de maternidad, de asistencia sanitaria, etc–, merecen otro tratamiento normativo.

Todos los supuestos tienen, por lo demás, en común un elemento, y es que se basan en el cese del trabajador en la actividad laboral. Salvo los casos específicos de suspensión que originan la prestación por desempleo (art. 16.1.3º RPPF), el resto –reconocidos ya como jubilación o como situación asimilable a la misma–, requieren de la ruptura previa de la relación laboral. Si la interpretación se hace de forma sistemática se comprueba que el resto de las contingencias consideradas como compromisos por pensiones, y por ende, susceptibles de externalización, también se basan en el mismo elemento de referencia. Y así, la incapacidad que se reconoce es la incapacidad permanente y no la transitoria, aun cuando se admita que en el caso de la incapacidad permanente total cabe un resquicio para la actividad profesional. Un planteamiento que resulta evidente asimismo en el caso de muerte, ampliado tras la reforma a la muerte del partícipe y a la del beneficiario. En ningún momento la protección

pública reconoce como jubilación o situación asimilable supuestos en los que no se contemple el cese definitivo de la relación laboral. Con un catálogo de edades que reflejan perfectamente la realidad social de nuestro sistema de relaciones laborales –65 años (art. 16.1.a.1º RPPF), 60 (art. 16.1.a.2º RPPF) y 52 (art. 16.1.a.3º RPPF)– la reforma intenta dar cobertura a los compromisos que surgen en relación a trabajadores que, por su situación de jubilación, anticipada u ordinaria, o de prejubilación, necesitan la garantía de la externalización que con tanta rotundidad acogió la LOSSP y con gran firmeza refuerza el RD 1589/99. Algunas incluso con carácter no complementario sino suplementario, como ocurre cuando el art. 8.6.a) LPFP posibilita la pensión de jubilación a partir de los 60 años de edad cuando el partícipe no pueda acceder a la jubilación del sistema de Seguridad Social (ROMERO BURILLO). Obsérvese, asimismo, que la atención respecto de los compromisos por pensiones se ha centrado en las tres ramas de pensiones periódicas más importantes del sistema (jubilación, invalidez y muerte) de tal forma que el supuesto determinante de la prestación complementaria coincide con el hecho causante de las pensiones básicas del sistema contributivo de Seguridad Social. Cuando el Consejo Económico y Social emite su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados (23 nov.94), la única indicación que realiza en este punto concreto es en relación al concepto de prejubilación –finalmente no integrado en la LOSSP, aunque sí de forma implícita en posteriores reformas (vid, por ejemplo, el art. 8.6.a) LPFP)– considerando que debería ser definido con la mayor concreción posible, a fin de evitar situaciones conflictivas en su aplicación práctica y por su desconocimiento en el ámbito de la Seguridad Social pública. La identidad entre las mejoras directas y las prestaciones aseguradas es tal que se ha llegado a criticar, con acierto, que la reforma se haya introducido en la LOSSP sobre la LPFP y no se haya hecho directamente de la LGSS cuyos arts. 191 y ss. han sido los que realmente se han visto modificados en un sentido más profundo.

2.2. *Compromisos por pensiones y mejoras voluntarias*

1. La base más próxima, tanto constitucional como legal, de los "compromisos por pensiones" son los arts. 41 CE y los arts. 39 y 191 y ss. LGSS en los que se regulan las mejoras voluntarias del sistema de Seguridad Social. Atendiendo al primero de ellos, la previsión voluntaria en nuestro ordenamiento se concibe como "complementaria", esto es, teniendo como referencia la protección básica del sistema de Seguridad Social y completando la misma. En definitiva, "el campo propio de la Seguridad Social complementaria es el margen existente entre la prestación básica y la renta de trabajo que se percibiría de es-

tar en activo" (MARTIN VALVERDE). Considerando el segundo bloque normativo mencionado, las mejoras voluntarias —y, en particular, las mejoras directas de las prestaciones—, se conciben como la posibilidad de que la empresa mejore directamente las "prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo". Todo ello supone que cualquier intento de complementar o mejorar el sistema público pase por la referencia a sus contingencias y prestaciones básicas.

En efecto. La función complementaria que básicamente pueden llevar a cabo los instrumentos de previsión social de carácter privado puede desarrollarse, y se viene desarrollando de hecho, de muchas formas y en múltiples direcciones. No es, por otra parte, una función explicitada en todos los casos; más bien cabría decir que los instrumentos que proporcionan pensiones privadas se han configurado como compartimentos estancos respecto de la Seguridad Social pública, con autonomía tanto en la delimitación de su ámbito subjetivo como en la determinación de su acción protectora, de tal manera que sólo *a posteriori* han aflorado las cuestiones relativas a su articulación o comunicación con el sistema público. Sin embargo, las mejoras voluntarias de "Seguridad Social" han nacido muy apegadas a la Seguridad Social pública, que ha actuado como base o punto de partida; de ahí que su vinculación con el sistema de Seguridad Social sea muy estrecha, tanto desde el punto de vista formal (de hecho, se regulan en la propia normativa de la Seguridad Social), como desde el punto de vista de su funcionamiento. Su ámbito de aplicación también guarda una íntima conexión con el sistema público, en la medida en que se pueden constituir en favor de quienes ya están incorporados al sistema, en cualquiera de sus regímenes. Su alcance y su acción protectora toma como punto de referencia lo dispuesto por la legislación de Seguridad Social precisamente para elevar o mejorar sus niveles. Su financiación camina muy de la mano de la financiación de la Seguridad Social, y su gestión puede ser encomendada, aunque ello no sea una exigencia, a la Administración de Seguridad Social.

2. Es cierto que en el resto de mecanismos de previsión social de carácter privado la conexión con el sistema público de Seguridad Social no se pierde por completo, pero queda mucho más difuminada. La legislación de planes y fondos de pensiones se hace cargo expresamente de la posible relación de esos instrumentos con la Seguridad Social pública, al descartar de forma explícita que puedan sustituirla y al abrir la posibilidad de que puedan o no completarla. Pero en su composición personal, y en su configuración interna pueden situarse en posiciones muy diferentes en relación con ese sistema público: si se constituyen en favor de sujetos comprendidos en la Seguridad Social pública y se formalizan en la modalidad del sistema de empleo quedarán bastante cerca;

mientras que si se crean en favor de sujetos excluidos del sistema público su relación será inexistente, actuando como instrumentos alternativos de protección. En cualquier caso, desde la perspectiva de su acción protectora y de las contingencias que pueden quedar protegidas, los planes y fondos de pensiones se aproximan, en gran medida, a la Seguridad Social pública, pues tienen como finalidad principal dar cobertura a las situaciones más típicas de este sistema; en este terreno pueden actuar, pues, como mecanismo supletorio de protección, añadiendo a la prestación básica de carácter público una prestación complementaria de carácter privado. Una función similar a la que representan las Mutualidades de Previsión Social, las cuales ejercen "una modalidad aseguradora de carácter voluntaria complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria" (art. 64 LOSSP); la delimitación de su acción protectora también se acerca bastante a ese sistema público, al poder incluir prestaciones, periódicas o a tanto alzado, por muerte, viudedad, orfandad, incapacidad y jubilación. Y muy cercana, por último, a la que representa la cobertura a través del contrato de seguro de cuyo ámbito se seleccionará únicamente a estos efectos aquellas modalidades que sirvan para cubrir las contingencias derivadas de la relación laboral.

Sobre este debate ha debido pronunciarse el Tribunal Constitucional que, si bien en anteriores ocasiones había manifestado una doctrina clara, con motivo del dictado de la S.TC 206/97, 27 nov., BOE, 30 dic. tuvo que profundizar precisamente en el análisis de la naturaleza – eminentemente laboral o mercantil – de la protección complementaria y sus divergencias o semejanzas con la Seguridad Social básica. Una lectura precipitada de la misma obligaría a considerar la protección complementaria como un sistema ajeno a la Seguridad Social y, por tanto, extraño a sus caracteres más palmarios. Pero una conclusión de este tenor resultaría claramente desacertada, al menos, por dos razones: la primera, porque la sentencia no se refiere – aunque en algunos de sus fundamentos reflexione sobre la misma – a la naturaleza jurídica de toda la protección complementaria, sino exclusivamente a uno de los instrumentos que la integran como son los planes y fondos de pensiones; la segunda, porque incluso dentro de las normas que analiza su orientación no es homogénea y observa elementos privatizadores o de referencia al sistema público de pensiones, según los casos. Esta es la razón que conduce al Tribunal Constitucional a afirmar el contenido plural de este tipo de protección, la protección complementaria, y amparándose en el "carácter poliédrico de la institución regulada" [S.TC 206/97, FJ 3] afirma que la "Constitución, y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social, no pretende imponer un único modelo. Consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema

de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar" [S.TC 206/97, FJ 5]. Bien es cierto que la conclusión de dicho pronunciamiento optó por alejar la ubicación de los planes y fondos de pensiones del ámbito de la Seguridad Social y aproximarlos al más específico de la legislación mercantil de seguros [S.TC 206/97, FJ 7].

3. El interés por esta discusión proviene básicamente de la relación existente entre la previsión privada complementaria y la relación laboral, pues, de lo contrario, el contenido de la misma quedaría desvinculado de las contingencias objeto de consideración. Como ha señalado el TS la ubicación de las mejoras directas de prestaciones en el ordenamiento de la Seguridad Social "es un claro indicio del propósito de asimilar en lo posible su régimen jurídico al de las prestaciones públicas de Seguridad Social... asimilación que no sólo es posible sino sumamente conveniente para la mayor efectividad del derecho a las mismas" [S.TS 16 en.90, Ar. 127]. Esto supone que aquellas contingencias y prestaciones que aún conservan una conexión directa con la relación laboral, dejen de compartir con la Seguridad Social básica algunos de sus principales caracteres, aun cuando se considere que el régimen jurídico aplicable resulta independiente del de las prestaciones a las que se adicionan. Al modo tradicional de la cobertura de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, sigue siendo la existencia de una relación laboral la que justifica la previsión social fijada. Prima, de este modo, una corriente jurisprudencial que antepone la estrecha relación con el vínculo laboral que une, por ejemplo en el caso más común de los planes de pensiones, a sus partícipes con la empresa promotora del mismo, "por lo que no es dable desvirtuarlo de la normativa laboral correspondiente, separándolo, en términos absolutos, de la virtualidad reguladora de esta última" [S.TS 22 jul.95, Ar. 6325].

Trasladada la solución anterior al contrato de seguro, es la existencia del vínculo laboral entre tomador del seguro y asegurado la que, en definitiva, condiciona todo el entramado de estos compromisos por pensiones. El hecho de que dicho contrato de seguro inserte su contenido y despliegue sus efectos dentro del ámbito propio de las mejoras voluntarias, entendidas en sentido genérico, es lo que permite que las normas reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social sean tenidas en cuenta. Consiguientemente, y sin perjuicio de la naturaleza mercantil u otra, en cuanto el contrato de seguro incide en las relaciones de trabajo, ya sea por contrato individual, por Convenio Colectivo o por voluntaria decisión del empresario, ha de ser conceptuado como mejora voluntaria afectado por la normativa reguladora de las mismas [SS.TS 22 sept.87, Ar. 6266, 10 febr.89, Ar. 725, 10 abr.89, Ar. 2953]. No en vano, la ex-

presión "compromiso por pensiones" es una expresión que por sí sola permite detectar la significación meramente instrumental del método de cobertura elegido que decae por esta razón ante el obligado predominio de la finalidad a la que sirve, que es el pago de las prestaciones sociales instituidas como voluntarias. La mejora no nace, en estos casos, de un pacto mercantil, sino que su origen se encuentra en un acuerdo laboral recogido en un Convenio Colectivo o en un contrato de trabajo o en una decisión individual del empresario; consecuencia de tal pacto es que la empresa deba concertar una póliza de seguros pero no es mediante ésta como nace la mejora voluntaria porque si no llegara a tener lugar, como se trata de un compromiso empresarial, el abono de la indemnización lo tendría que realizar, como se deduce de la LOSSP, la propia empresa.

De ahí que el hecho de que se instrumente la mejora correspondiente a través del contrato de seguro, no permita obviar su conexión con la relación laboral y la negociación colectiva de la que surge [S.TS 19 jul.91, Ar. 6836] aun cuando, en verdad, se produzca una cierta "desnaturalización" de la relación de seguro mercantil para aproximarla a la relación jurídica de protección de la Seguridad Social. La presencia de la empresa no condiciona, a juicio del Tribunal Supremo, la relación jurídica ni alcanza a desnaturalizarla y esto significa que no se produce, como se ha precisado, una "privatización" de estas medidas [S.TS 30 nov.89, Ar. 8293]. En definitiva, la jurisprudencia social ha optado por considerar el modo de gestión elegido por las partes como una cuestión meramente instrumental que no desvirtúa la naturaleza de la mejora voluntaria como tal [S.TS 31 en.01, Ar. 2137]. En consecuencia, se ha procedido a aplicar la normativa de la Seguridad Social frente a la del seguro privado especialmente en lo que atañe a la identificación de contingencias protegidas y determinación del hecho causante de las mejoras [SS.TS 13 febr.89, Ar. 740, 27 jun.90, Ar. 5529, 25 oct.90, Ar. 7715, 28 en.92, Ar. 130, 21 oct.92, Ar. 7663, 22 abr.93, Ar. 3348]. De hecho, el TS no ha vacilado al manifestar que "no es la ley del seguro privado sino la LGSS la aplicable a las mejoras voluntarias de Seguridad Social, carácter que tiene sin duda el sistema complementario de pensiones extinguido". Esta *lex specialis* no puede considerarse derogada por la legislación general posterior de ordenación del seguro privado [S.TS 17 en.96, Ar. 4121], teniendo en cuenta las características peculiares de la materia regulada, relativas tanto al acto de implantación de las mejoras voluntarias de Seguridad Social, que es un Convenio Colectivo o una decisión empresarial, como a su configuración técnica que no requiere necesariamente la intervención de una entidad aseguradora sino que puede ser llevada a cabo por las propias empresas. El régimen jurídico que prevalece es el que se recoge

en el Convenio Colectivo y sólo para cláusulas normativas oscuras éstas se integrarán no con la normativa propia de la Ley del Seguro sino con las de la legislación de la Seguridad Social, admitiéndose que, en todo caso, se trata de prestaciones de Seguridad Social.

4. Con los datos expuestos, nada evitaría contemplar la existencia de una categoría general –la de las mejoras voluntarias–, dentro de la que fijar variedades concretas, tantas como instrumentos de gestión con régimen jurídico propio existan. De este modo, los caracteres de las mejoras voluntarias, esto es, los que resultan de aplicación a las prestaciones de la Seguridad Social básica, se reproducirían en estas otras prestaciones de los nuevos instrumentos de gestión. Pero es éste un planteamiento que resulta un tanto desacertado si aplicado a todo tipo de prestación devengada por los planes de pensiones o a toda prestación complementaria. No en vano, algunas prestaciones se consideran totalmente ajenas al sistema de Seguridad Social público, debido a su plena inclusión en la esfera de la autonomía privada –plan de pensiones perteneciente a la modalidad de sistema individual–, sin que puedan compartir caracteres propios de aquéllas. De ahí que la conclusión anterior se circunscriba únicamente a las prestaciones que mantienen una relación directa con el vínculo laboral tanto por su objeto –constituir un sistema de ahorro durante la vigencia del contrato para proteger contingencias surgidas durante el mismo o una vez extinguido– como por los sujetos –intervienen el empresario y los trabajadores–.

Sólo las mejoras voluntarias pueden ser consideradas como una forma más, distinta, de "Seguridad Social", compartiendo en extenso los caracteres de este sistema público (arts 39 y 191 y ss LGSS). El resto, esto es, aquellas que constituyen una previsión ajena a la relación laboral y se presentan como sistemas de ahorro estrictamente individual y voluntario, no deben sino permanecer al margen. De este modo, la suscripción de un plan de pensiones del sistema individual con una entidad bancaria pertenece al estricto ámbito de la relación mercantil basada en la autonomía privada y en la finalidad voluntaria de constituir un sistema de ahorro como el resto de las múltiples posibilidades que la entidades financieras y bancarias ofrecen. Por contra, la suscripción de un plan de pensiones del sistema de empleo tiene como base principal la relación laboral subyacente. Al modo tradicional de la cobertura de Seguridad Social, es la existencia de una relación laboral la que justifica la previsión social fijada. Es ésta una distinción acogida por uno de los proyectos que más apoyos doctrinales ha tenido sobre esta materia, sin haber conseguido el respaldo legislativo adecuado para convertirse en una norma de obligado cumplimiento. Se trata de la Proposición no de ley sobre la reforma de los sistemas comple-

mentarios de previsión social (BOCG 5 en.98, Serie D, núm.229), en adelante, PNLPS. Un intento de configurar, de forma global, un sistema de protección complementaria con normas y principios de común aplicación, al margen de los instrumentos de financiación y gestión utilizados. Pese al apoyo recibido (el propio Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados emitido el 23 nov.94 apuntaba esta necesidad), la proposición no prosperó. Sin embargo en ella se materializaba la distinción expuesta, contraponiendo los sistemas colectivos de los sistemas individuales considerando que "los sistemas de previsión social complementarios a la Seguridad Social que tengan componente social, al afectar a una colectividad, deben reunir las características de previsión, no sólo de ahorro, para lo que deberán disponer de un tratamiento preferente en su marco normativo" (2.1 PNLSC). En la actualidad, esos sistemas se confunden y se regulan de manera uniforme, incluido su tratamiento fiscal, lo que produce resultados no del todo queridos.

Quizá pueda coincidirse en que las mejoras directas de las prestaciones han de ser excluidas de la categoría general de las mejoras voluntarias por cuanto sólo "retóricamente se les puede seguir aplicando el principio de reconducción hacia el sistema público de Seguridad Social" (MONEREO PEREZ) pero mientras legalmente no sólo formen parte de aquéllas sino que se erijan en el principal símbolo identificativo de las mismas, pertenecen al sistema público y sobre ellas se aplican los principios y caracteres básicos de las prestaciones [S.TS 16 en.90, Ar. 127], constituyendo las nociones propias de Seguridad Social el contexto idóneo para el aseguramiento colectivo [S.TS 24 sept.92, Ar. 6810]. La negación de una identidad común que emerge sobre las peculiaridades de su establecimiento, o sobre el instrumento jurídico en el que se recogen, la fuente de financiación, las técnicas de gestión, las distintas fórmulas de garantizar su percepción, etc, conduciría únicamente a aceptar la dejación en las partes interesadas de la determinación de la naturaleza jurídica de un instituto que sólo en su establecimiento ha sido conferido a la voluntad de las partes. La admisibilidad por parte de la LGSS de fórmulas de gestión y garantía de las mejoras totalmente extrañas al sistema de Seguridad Social en su art. 193 LGSS supone una demostración del reconocimiento de una regulación común cuyos efectos se despliegan más allá de la formalización que la empresa elija, por razones de índole fiscal, económica, financiera, etc, para estas mejoras. La evolución y perfección en la regulación de estos instrumentos eluden el recurso al régimen común fijado para las mejoras en la LGSS pero ante cualquier conflicto de aplicación, este último se convertirá en régimen subsidiario. Y, por tanto, la prioridad en la aplicación de esta nueva regulación no anula la permanencia de las mejoras voluntarias como régimen común. Si los actuales

compromisos por pensiones existentes en las empresas tienen naturaleza jurídica de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, —pues ni la jurisprudencia más reciente ha planteado todavía lo contrario— y si la canalización de las mismas mediante planes de pensiones o contratos de seguro debe realizarse con total adecuación a los compromisos concretos, el resultado en la práctica es que si se suscitan problemas interpretativos sobre la identificación de contingencias o hecho causante o cualquier otro elemento propio de la contingencia sobre la que se fija el complemento ha de acudir a la interpretación efectuada sobre la misma en el sistema de Seguridad Social.

3. Los premios de jubilación y el proceso de externalización

1. En el contexto que ha quedado establecido nace la preocupación por conocer si, sobre unos determinados compromisos vinculados a la jubilación y denominados con carácter general “premios de jubilación”, recae o no la obligación de externalizar. La discusión no es baladí pues, como se comprobará seguidamente, son muchas las empresas y los sectores que bien en pactos individuales, bien —y sobre todo— a través de la negociación colectiva, se han comprometido a abonar estos premios vinculados a la jubilación. Si se analiza el contenido de los compromisos por pensiones se observa que, tras la LOSSP, el art. 8.6.a LPFP/87 se refiere no sólo a la jubilación sino a las “situaciones asimilables” a la misma. Con posterioridad, el RD 1589/99, desarrolla esta es-cueta alusión y la concreta en tres situaciones distintas: a) la jubilación del sistema de Seguridad Social; b) los supuestos en que no sea posible el acceso a la jubilación anterior, en cuyo caso se garantiza una “prestación equivalente a la de jubilación” a partir de los 60 años de edad; y c) las situaciones asimilables a la jubilación, pudiéndose considerar como tales los supuestos de extinción o suspensión de la relación laboral de un partícipe con al menos 52 años de edad cumplidos, que determine el pase a la situación de desempleo. No se trata de analizar exhaustivamente cada uno de estos supuestos pero sí conviene poner de manifiesto que, a partir de 1998, los diferentes proyectos legislativos en torno a esta materia (9 oct.98, 29 marz.99, 19 may.99, 29 jun.99, entre otros) han merecido la atenta atención de la Dirección General de Seguros, recomendando la misma un contenido amplio en la interpretación de los mismos.

De ahí que la Dirección General de Seguros explicara, por ejemplo en la Memoria Justificativa de 29 jun.99, que “los compromisos sujetos serán, por tanto, aquellos compromisos dinerarios y vinculados a las contingencias de jubilación o asimilable, fallecimiento e invalidez, cualquiera que sea su denominación. Con estas disposiciones, además de recoger lo previsto por la Ley, se

pretende que las múltiples y diversas denominaciones con las que se definen los compromisos por pensiones no justifiquen su exclusión del régimen general. De hecho, existen premios de jubilación o por antigüedad u otros pagos distintos que se hacen efectivos en la jubilación y que deben instrumentarse adecuadamente desde el momento en que se inicie el devengo de su coste ya que la Ley así lo prevé" (pp. 17 y 18). En una Memoria anterior, la Económica de 19 may.99, la citada Dirección reconoce que en el concepto de complemento por jubilación "entra un número variado y heterogéneo de compromisos tanto en lo que se refiere a su naturaleza como a su importe. En este concepto tan amplio se incluirían desde verdaderas pensiones complementarias, considerando como tales a las rentas vitalicias o temporales definidas sobre un salario real o de referencia pensionable que, sumadas a las prestaciones públicas, garantizan al trabajador una pensión equivalente al salario en activo" (pág. 17). O, en fin, en la Memoria Justificativa de 22 marz. 99, no duda esta Dirección en reconocer que "dado el carácter de previsión social instrumentada mediante planes de pensiones (y seguros) y que en ningún caso sustituirán a las prestaciones de la Seguridad Social, se han definido las contingencias de los planes de pensiones en coherencia con las situaciones objetivas que se producen en el marco de la Seguridad Social que es la referencia general y universal de la previsión" (pág. 78).

2. En la actualidad, la situación ha sido modificada parcialmente en virtud de dos reformas. La primera, la llevada a cabo por la nueva LPFP que en su art. 8.6.a) ya no se refiere a las "situaciones asimilables de jubilación" sino tan sólo a la "jubilación". Al menos, no expresamente. En una redacción tortuosa e incomprensiblemente compleja, el nuevo art. 8.6.a) recoge sustancialmente las mismas situaciones que se contemplan en el art. 16.1 RPPF pero sin calificarlas, en la creencia de que, de este modo, pudieran evitarse conflictos futuros. Y, así, sin hacer referencia a una "prestación equivalente", el nuevo art. 8.6.a) LPFP alude a la situación en que no es posible el acceso a la jubilación, pudiendo anticiparse la percepción "de la prestación correspondiente a partir de los 60 años de edad"; y, sin mencionar la denominación "situación equivalente", la nueva LPFP se refiere—incluso con más amplitud si cabe que la antigua LPFP y que el propio RPPF— a los supuestos en que se extingue la relación laboral a cualquier edad, siempre que el partícipe pase a la situación legal de desempleo a consecuencia de la aprobación de un ERE, en cuyo caso se prevé "el pago de la prestación correspondiente a la jubilación" y a los supuestos en que, en tales circunstancias, se establezca por la empresa "el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación", situación que podrá ser objeto de instrumentación, eso sí —y es éste un dato importante— "con carácter voluntario".

La segunda reforma que puede afectar al tema que nos ocupa es la llevada a cabo por la DA 15ª de la Ley 44/02, 22 nov., BOE, 23 de medidas de reforma del sistema financiero. En virtud de la misma, el plazo previsto en la DA 1ª LPFP/87 para la adaptación de los compromisos por pensiones de las empresas con su personal y que había sido extendido hasta el 16 nov.02 por la DA 25ª Ley 14/00, 29 dic. de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se amplía hasta el 31 dic.04 para “la integración en planes de pensiones de empleo de promoción conjunta de aquellos compromisos, establecidos en convenio colectivo de ámbito supraempresarial, vinculados a la permanencia del trabajador en la empresa o sector hasta la jubilación que, bajo la denominación “premios de jubilación” u otras, consistan en una prestación pagadera por un sola vez en el momento del cese por jubilación”. A estos efectos, la representación de las empresas y de los trabajadores en el ámbito supraempresarial “podrán promover uno o varios planes de pensiones de promoción conjunta, en los que podrán incorporarse las empresas afectadas por el convenio, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones que deban acordarse para ajustar la configuración de los referidos compromisos a los principios básicos de los planes de pensiones establecidos en la normativa sobre planes de pensiones”. En dichos planes de promoción conjunta “podrán integrarse otros compromisos de las empresas vinculadas a otras contingencias distintas de la jubilación”. En todo caso, las empresas que se incorporen a los referidos planes de promoción conjunta dentro del plazo señalado podrán acogerse a lo previsto en las DT 15ª y 16ª LOSSP para el reconocimiento de derechos por servicios pasados mediante los correspondientes planes de reequilibrio y durante el plazo concedido en esta disposición, las empresas susceptibles de acogerse a la misma podrán adaptar el compromiso por jubilación a través de cualquiera de los instrumentos previstos en la DA 1ª LPFP.

3. De todo lo expuesto cabe deducir unas conclusiones iniciales que sirven para avanzar en el análisis objeto de este trabajo. En primer lugar que, si bien el contenido del concepto compromisos por pensiones ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de los últimos años, por el momento no existe argumento alguno que permita variar el criterio establecido sobre su interpretación amplia y, más concretamente, sobre la inclusión en los mismos de los denominados “premios de jubilación”. La última de las reformas comentadas, esto es, la nueva dicción del art. 8.6.a) LPFP puede tener otras consecuencias pero no la de eludir la consideración como compromiso por pensiones de los premios de jubilación, en principio. En segundo lugar, que se mantienen vigentes, en aquello que no sea contrario a la nueva LPFP, tanto el RFPF como el RD 1589/99 y todo lo que en estas normas de desarrollo se contiene, por lo que la mayor parte de las afirmaciones efectuadas hasta el momento han de consi-

derarse válidas. En tercer lugar, que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 44/02, los premios de jubilación son externalizables y, consciente el legislador de la dificultad en torno a esta obligación, disponen de un plazo mayor para proceder a su instrumentación (hasta el 31 dic.04, como se ha podido comprobar). Pero, y cuarto, de acuerdo con la dicción de la DA 15ª de dicha Ley 44/02, esta norma sólo se refiere a los premios de jubilación o cualquier otro compromiso que, con otra denominación, recojan una prestación pagadera por una sola vez en el momento del cese por jubilación, establecidos en convenio colectivo de ámbito supraempresarial y vinculados a la permanencia del trabajador en la empresa o sector hasta la jubilación.

Este es, probablemente, el punto del que ha de partir nuestro análisis. ¿Se trata de una legislación restrictiva en el entendimiento de que sólo son susceptibles de externalización los premios de jubilación que reúnen estas características?. ¿Se trata, por el contrario, de una restricción exclusivamente referida a la prórroga establecida, considerando que sólo pueden beneficiarse de la misma éstos y no otros premios de jubilación?. ¿Son, en definitiva, externalizables el resto de los premios de jubilación a los que no alude esta última reforma?. A dar respuesta a esta incertidumbre se destinan los siguientes apartados de este estudio.

II. CARACTERIZACIÓN DE LOS PREMIOS DE JUBILACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. Presupuestos básicos de los premios de jubilación

1. Dentro de la obligación de externalizar, entre otros, los compromisos por pensiones referidos a la contingencia de jubilación o a una situación asimilable a la misma surge la duda sobre si los premios de jubilación se consideran o no externalizables. Se conciben estos premios como compromisos adoptados por las empresas, contractual o convencionalmente, relacionados con la jubilación, en tanto su concesión se condiciona al acceso a la misma o, cuando menos, al cumplimiento de una determinada edad en la que el trabajador tendría derecho a la jubilación, ordinaria, anticipada o, en su caso, retrasada.

La principal fuente de establecimiento de los premios de jubilación es la negociación colectiva, sin perjuicio de que nada impida su fijación en normas legales o en pactos contractuales. Su presencia se constata tanto en convenios sectoriales como en convenios empresariales. En principio, la aparición en uno o en otro no altera la naturaleza jurídica de los premios de jubilación ni la

conclusión sobre el deber de externalización o no de los mismos, si bien algún matiz podrá derivarse de esta distinción. En general, los resultados que obtiene la negociación colectiva parecen bastante estables, reproduciéndose en convenios consecutivos muchas veces sin ningún tipo de variación. Así, por ejemplo, las tendencias acusadas en los convenios colectivos nacionales se confirman plenamente en los convenios suscritos en ámbitos inferiores, sea el de la CCAA o sea el provincial. Por el momento, no se ha advertido una influencia determinante de la legislación sobre compromisos por pensiones en esta materia y si se mantuvieron desde 1995 hasta 1999, también desde 1.999 a 2002 siguen estando presentes en la negociación colectiva aun cuando quizá con menos intensidad. La consideración como externalizables de estos premios podría conducir a desincentivar su utilización como contraprestación en los convenios colectivos mientras que una interpretación contraria a dicha obligación los mantendría. Pero es ésta una proyección de difícil previsión o, al menos, tan arriesgada como la que pudiera hacerse en general sobre el resto de los compromisos por pensiones y de la que únicamente poseen la clave los agentes sociales.

2. Del análisis de la negociación colectiva pueden extraerse, al menos, estos tres rasgos básicos de los premios de jubilación:

- a) Con carácter general, el premio de jubilación consiste en una cantidad económica que percibe el trabajador cuando decide acceder a la jubilación del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva.
- b) La fijación en la negociación colectiva es heterogénea pero tiene como elemento común su referencia a la jubilación del trabajador en su modalidad contributiva. No se encuentran ejemplos en los que se fije el premio de jubilación de forma autónoma a la obtención de la pensión de jubilación del trabajador. De hecho, cuando se quiere premiar la permanencia en la empresa, al margen de la edad del trabajador y sin referencia expresa a la pensión de jubilación del mismo, se suele utilizar otra terminología como la del “premio de permanencia”, “de antigüedad” e incluso el “de fidelidad”.
- c) En la negociación colectiva escasean cláusulas que establezcan los premios de jubilación devengados como complementos periódicos, dando prioridad a su devengo a través de una cantidad a tanto alzado. Quizá su menor coste atraiga este resultado o quizá sea la duda sobre la posible externalización de estos premios la que impone que se pacten de esta forma y no como complemento periódico ya que, si bien

cuando se devengan periódicamente se suele admitir la obligación de externalizar, su fijación como cantidad a tanto alzado permite, al menos, plantear la duda sobre su externalización. De lo que se deduce una inicial conclusión y es que parece interesar más, por tanto, la forma de su devengo que la naturaleza jurídica de los mismos.

2. La conexión entre los premios de jubilación convencionales o contractuales y la jubilación del sistema de Seguridad Social

1. La conexión de estos premios con la pensión de jubilación del sistema público, en su modalidad contributiva, obliga a puntualizar algunas apreciaciones sobre la misma, en especial aquellas que influyen de forma particular en su establecimiento como la edad, el hecho causante, el período de cotización y la cuantía, siendo el primero el que mayor interés presenta. Como es sabido, la edad elegida por el legislador como edad ordinaria de jubilación y que permanece inalterada desde el primer seguro obligatorio de vejez (RD. 11 mar. 1919) es la de 65 años. Pero sería un error considerar que ésta es la edad “habitual” de jubilación de los trabajadores españoles. Las fórmulas de anticipo de la edad de jubilación o de prejubilación han reducido la edad de acceso a la pensión de jubilación, siendo la media de edad real de jubilación actual la de 62 años en el RGSS.

La práctica generalizada de adelantar la edad de jubilación ha provocado una serie de medidas para intentar invertir esta tendencia. Primero el Pacto de Toledo (Recomendación 10^a), después la LCR (art. 12, básicamente) y más recientemente la Ley 35/02, sirven de ejemplo a tal intención. No se trata únicamente de potenciar la permanencia de los trabajadores en activo antes de alcanzar la edad de 65 años y hasta la misma, sino incluso después de ella, a través de los que se denomina un “sistema de jubilación gradual y flexible” (Ley 35/02). Una calificación no del todo acertada aunque sí pueda advertirse que nuestro ordenamiento dispensa un sistema de jubilación gradual y flexible (LOPEZ CUMBRE). Este sistema se halla compuesto por medidas de prejubilación, anticipación de la edad de jubilación (reducción de edad –colectivos con especiales dificultades, jubilación parcial y jubilación especial– y jubilación anticipada –mayores de 61 años, mutualistas, colectivos de riesgo–), jubilación ordinaria, jubilación a edad superior (funcionarios públicos o régimen de clases pasivas, por ejemplo), jubilación flexible –parcial– y, ahora tras la reforma, jubilación retrasada.

2. Los premios de jubilación suelen referirse, básicamente, a dos tipos de jubilación: la ordinaria –premiando al trabajador por su permanencia en activo

en la empresa hasta alcanzar a su jubilación— y la anticipada —incentivando la salida prematura de la empresa—. Es previsible que, con las nuevas reformas legales, surjan premios de jubilación que motiven al trabajador para permanecer en la empresa más allá de la edad ordinaria de jubilación. De ser así, y puesto que su relación con la jubilación —en este caso, retrasada— del trabajador sigue siendo el elemento común de referencia, podrían serle de aplicación a dichos premios las conclusiones que se alcancen en este estudio.

Pero existe una reforma legislativa que puede alterar dicho planteamiento. En especial, en lo que se refiere a los premios de jubilación por anticipar la edad de la misma. Se trata de la derogación de la DA 10ª LET por la disposición derogatoria única de la Ley 12/01, 9 jul., BOE, 10 de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Que la jubilación a los 65 años, edad ordinaria, se concibe como un derecho y no como una obligación es una afirmación atemporal, pues tanto antes como después de las reformas operadas en este tema, podía ser mantenida. Sin embargo, antes de la aprobación de la Ley 12/01 la jubilación forzosa prevista en la DA 10ª LET había devenido en una costumbre empresarial y sindical que, unida a los mecanismos de anticipo de la edad o de prejubilación, contribuían sin ambages al retiro prematuro de los trabajadores. De hecho, la prolongación de la vida laboral más allá de los 65 años que se propugna como gran reforma no es sino el reforzamiento de una norma legal ya existente desde la LGSS/74 que había caído en desuso, transformando el derecho de los trabajadores a jubilarse “a partir” de los 65 años, en una obligación de los trabajadores de jubilarse “a” o “antes” de la misma. La excepción se había convertido en regla, olvidando que el trabajador podía —y puede— jubilarse en el momento en que decida hacerlo libremente siempre que cumpla todos los requisitos legales exigidos por la jubilación en su modalidad contributiva. La doctrina se manifiesta contraria en este punto. Para unos, la derogación supone no sólo el impedimento futuro del establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva sino la derogación tácita de las ya existentes. Para otros, la derogación de la antigua DA 10ª LET nada significa. De primar la tesis anterior, tal y como pretende el legislador con esta derogación, empresarios y trabajadores deberán pactar la salida prematura de éstos del mercado de trabajo. De lograr éxito la segunda, es evidente que a partir de ahora todas las cláusulas de jubilación forzosa deberán tener en cuenta no sólo la doctrina constitucional ya elaborada al respecto —SS.TC 22/1981, 2-7; 35/1985, 7-3; 58/1985, 30-4; 95/1985, 29-7 ó 111 a 136/1985, 11-10, entre otras y, por tanto, los tres presupuestos —a saber, cumplir todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, estar fijada por negociación colectiva y tratarse de una medida de fomento del empleo, requisito este último flexibilizado ampliamente por la ju-

risprudencia del Tribunal Supremo (SS.TS 27-10-1987, Ar. 7210, 28-2-1990, Ar. 1250 y 27-12-1993, Ar. 10011)— sino las modificaciones legales introducidas en relación a todas las modalidades de jubilación posibles en nuestro ordenamiento. La derogación de la mencionada DA 10ª LET unida al incentivo de la prolongación de la vida laboral activa persiguen modificar una tendencia ya estructuralmente arraigada en la negociación colectiva. Con todo, la práctica empresarial y sindical sigue necesitando medidas que posibiliten una salida anticipada del mercado de trabajo con la cobertura de la protección social y sin que la presencia de ambos tipos de medidas —las que sirven para anticipar y las que permiten prolongar— resulten contradictorias, significando, por el contrario, la consolidación de un auténtico sistema flexible y gradual de jubilación.

3. De acuerdo con este análisis, el establecimiento de los premios de jubilación puede estar vinculado, en general: a) a la anticipación de la edad de jubilación con carácter voluntario; b) a la anticipación de la edad de jubilación con carácter forzoso; c) a la jubilación ordinaria de carácter voluntario; d) a la jubilación ordinaria de carácter forzoso; e) al incentivo de la permanencia en activo más allá de la edad de jubilación. La jubilación que se toma como referencia puede ser tanto total como parcial y, en este último caso, el premio de jubilación puede estar vinculado a la contratación laboral (contrato de relevo o contrato de sustitución, esto es, jubilación parcial y jubilación especial) o no (jubilación flexible).

3. La tipificación de los premios de jubilación en la negociación colectiva

3.1. Premios de jubilación y edad de jubilación

1. En general existen tres tipos de cláusulas en la negociación colectiva: a) las que incentivan la anticipación de la edad de jubilación a través de cantidades a tanto alzado; b) las que simplemente premian alcanzar la jubilación, independientemente de la edad a la que se acceda a la misma, también mediante indemnizaciones a tanto alzado; y c) las que establecen complementos periódicos a la prejubilación, a la anticipación de la jubilación o a la jubilación del trabajador.

La finalidad de los premios de jubilación puede ser de tres tipos, básicamente: a) incentivar el acceso a la pensión de jubilación a una edad más temprana; b) compensar la obligación de jubilarse del trabajador si existieran

cláusulas de jubilación forzosa en el convenio colectivo de aplicación; o simplemente c) premiar al trabajador por alcanzar la edad de jubilación como reconocimiento de su permanencia en la empresa. Si bien pudiera afirmarse que en todos ellos está latente el interés por gratificar los servicios prestados o por compensar el coste que puede ocasionar el cambio de activo a pasivo, lo cierto es que existe una nítida diferencia entre los premios que incentivan la jubilación anticipada y los premios de jubilación en sentido estricto. Aquellos responden a la necesidad de redistribuir empleo, redimensionar no traumáticamente las plantillas, repartir la jornada de trabajo, etc. Estos otros premian la permanencia del trabajador, configurándose como un premio de antigüedad pero no ante cualquier ruptura contractual sino vinculado a la jubilación del trabajador, dato que le hace especialmente significativo a efectos de este análisis. Prevalece, no obstante, la fijación de un premio de jubilación al acceder a la pensión de jubilación a la edad ordinaria de 65 años, si bien algunos convenios recogen una referencia genérica a las jubilaciones que tengan lugar entre los 60 y los 65 años de edad. Y, aun cuando en la negociación colectiva se contemplan edades inferiores, la conexión ya no sería con la jubilación del trabajador sino con su prejubilación, no estando, por tanto, en el ámbito de aplicación de los premios de jubilación que aquí se analizan. Cuando existen premios de jubilación y complementos por anticipo de la edad de jubilación, los convenios suelen establecer la compatibilidad entre ambas ayudas y, por ende, su acumulación, pese a que cada uno de ellos responda a una finalidad distinta. De coincidir ambos tipos de ayuda, los premios de jubilación se aproximan más a la noción de gratificación por servicios prestados o a una compensación por el coste que puede ocasionar el cambio de activo a pasivo.

2. Con carácter general el premio de jubilación consiste en una cantidad económica en función de la edad en la cual el trabajador opta por jubilarse. Esa diferencia radica asimismo en el interés de la negociación colectiva pues si se incentiva la anticipación de la edad de jubilación del trabajador, la cantidad económica será mayor cuanto más se acerque la edad a los 60, siendo menor cuanto más se aproxime el trabajador a los 65 años; si, por el contrario, se prima la permanencia en el puesto de trabajo la proporcionalidad de la cuantía será a la inversa, menor a los 60 años y mayor a los 65 años, siendo posible incluso establecer el premio de jubilación únicamente a esta última edad o a una edad superior a ésta. Por lo demás, no siempre estos dos (60 y 65 años) son los parámetros de referencia. En algunos casos sólo se incentiva la jubilación a los 60, 61, 62 ó 63 años porque existen para los trabajadores a los que se le aplica edades de jubilación reducidas, más tempranas que la jubilación ordinaria. Cabe incluso plantear el premio de jubilación a los 64 años, edad de referencia obligada para la jubilación especial relacionada con el contrato de sustitución. Hay que destacar así-

mismo que existen numerosos convenios colectivos que establecen premios de jubilación de idéntica cuantía, independientemente de la edad a la que acceda el trabajador a la jubilación, premiando el acto de la jubilación y no la edad de acceso a la misma. De hecho, son muchos los convenios en los cuales se pacta una ayuda o un premio de jubilación sin precisar ni condicionar su otorgamiento a ninguna edad. Es evidente, sin embargo, que aún en estos casos la relación con la edad de jubilación es imprescindible siquiera para causar derecho a la ayuda.

En muchas ocasiones la cantidad establecida queda condicionada a modificaciones legislativas en materia de edad o de cuantía de la pensión de jubilación. Y, así, muchos convenios colectivos señalan que si existiera alguna modificación en este punto las cantidades fijadas se acondicionarían a las nuevas circunstancias legales de la pensión de jubilación. Algunos incluyen fórmulas para facilitar esta aplicación y otros no. Entre los que las recogen se encuentran aquellos que indican que ha de procederse a una nueva negociación o los que, por ejemplo, optan por eliminar el tramo afectado por la modificación legislativa. En todo caso, suele ser un efecto que se deja sentir de forma más intensa en los complementos periódicos y no en las cantidades a tanto alzado, puesto que aquéllos responden a la necesidad de cubrir espacios entre dos cantidades, la renta de sustitución que supone la prestación de Seguridad Social y la renta de actividad representada básicamente por el último salario del trabajador. Si se modifica la primera, es evidente que el complemento tiene que cubrir un espacio distinto al inicialmente previsto, algo no directamente relacionado en las cantidades que se pactan a tanto alzado que pueden responder a otra finalidad diferente.

Con bastante frecuencia se condiciona la obtención del premio al momento o período de tiempo durante el cual puede el trabajador comunicar su voluntad de cese. Así, por ejemplo, se exige el ejercicio de la opción de jubilación dentro de un plazo de tiempo (dos o tres meses) después de cumplir una edad determinada. En caso contrario, o bien se penaliza el retraso, obteniendo una cantidad inferior o bien se anula el derecho a la obtención del premio considerándolo como una renuncia implícita del trabajador.

3.2. Premios de jubilación y pago a tanto alzado

1. El abono del premio de jubilación suele fijarse como cantidad a tanto alzado y no como cuantía periódica, concretándose el momento de su percepción en el propio convenio colectivo. Sorprende este tipo de cláusulas en la negociación colectiva porque el resto de compromisos por pensiones suelen fijarse de forma periódica. Algunas razones pueden explicar esta preferencia.

En primer lugar, porque cuando los premios de jubilación sirven para incentivar la misma se entiende que ésta es la fórmula más idónea. Por otro lado, porque dichos premios tienen un coste inferior que el complemento periódico.

Cantidades que serán diferentes, no obstante, no sólo por su relación con la edad sino porque a la hora de calcularlas se tengan en cuenta elementos de distinto tipo. La cantidad y el modo de cálculo no son iguales en cada convenio colectivo pero casi todos tienen en común que otorgan la misma como cantidad a tanto alzado y no como cantidad periódica. El abono del premio se produce en un solo acto –al cumplir la edad, al solicitarlo el trabajador, en un plazo de tiempo establecido en el convenio, etc–.

2. La fijación de la cuantía económica es variable y heterogénea, aunque prevalece el establecimiento de una cuantía única para todos los trabajadores y cuando así se hace el montante suele ser de escasa entidad. Sin embargo, cuando se establecen diferencias económicas el criterio utilizado para modular la cantidad es o bien la edad o bien la antigüedad en la empresa o bien ambos.

Para la fijación del beneficio a tanto alzado suelen utilizarse distintos modelos. En unos casos, se toma como referencia un número de mensualidades del salario del convenio o del salario de cotización o del sueldo base más una serie de complementos como pueden ser los trienios, por ejemplo. En otros, la cantidad resultante se hace depender de dos factores: el importe de las mensualidades y el número de años o de meses que falte para alcanzar una edad, normalmente la señalada en el propio convenio como jubilación forzosa. Así, por ejemplo, se fija el cálculo de cuatro mensualidades por cada año que falte para cumplir los 64 años, pudiendo ser ejercitada la opción desde los 60 años. O, por ejemplo, cuando se establece determinada cantidad (100 euros) por cada mes que falte hasta alcanzar la edad de jubilación, si bien limitando su aplicación a partir de una determinada edad (62 ó 63 años). La diferencia entre los convenios es notable, registrándose las cantidades más altas normalmente en los convenios de empresa. Por ejemplo, en estos casos se fija una cantidad de 1.200 euros a los 60 años, descendiendo la misma a 300 euros a los 65 años. O, en cantidades muy superiores, 4.800 euros a los 60 años y 1.500 euros a los 65 años. Como es de prever, estas opciones admiten todo tipo de variables, tantas como sea capaz de idear la negociación colectiva.

3.3. Premios de jubilación y antigüedad en la empresa

1. Como se ha señalado, también es frecuente que para obtener el premio de jubilación el trabajador tenga que tener una determinada antigüedad en la

empresa, premiando así no sólo el cumplimiento de su edad de jubilación sino la “fidelidad” a la misma, si bien el “premio de fidelidad” responde a otra pretensión y ninguna conexión tiene con la jubilación, rasgo que define a los premios de jubilación a diferencia de aquéllos. Por demás, el concepto de fidelidad se encuentra ya en desuso primando en la actualidad la permanencia en la empresa más que la “pertenencia” a la empresa, si bien la negociación colectiva sigue utilizando dicha expresión. Pero cuando el premio de jubilación condiciona su cuantía a la antigüedad del trabajador en la empresa, de algún modo se está teniendo en cuenta su permanencia en la misma.

Así, por ejemplo, cuando se señala que si el trabajador se jubila a los 60 años pero con veinte años o más de servicios prestados percibirá 2.5 anualidades brutas hasta un tope previamente establecido (por ejemplo, 9.000 euros). Dicha cantidad se incrementará cuando se computen 25 años o más de antigüedad dado que el tope máximo a percibir será de 10.000 euros, por ejemplo. A partir de ese tope la cantidad disminuye con base en porcentajes reductores condicionados por dos factores: jubilarse con más años o tener menos antigüedad en la empresa. Se vincula, por tanto, la percepción del premio al cúmulo de diferentes variables, en este caso la jubilación y la antigüedad del trabajador aun cuando pudiera resultar de la combinación de otras diferentes, siempre que estuviera presente la jubilación del trabajador. El establecimiento de períodos más amplios supone una desincentivación en relación a estos premios, existiendo ejemplos de períodos altos en la negociación colectiva, tal y como se ha indicado. De hecho, el término medio de 15 años elegido por los negociadores es de por sí ya elevado dadas las características del mercado de trabajo actual.

3.4. Premios de jubilación y tipo de convenio

1. Aun cuando el tipo de convenio en el que se hallen establecidos estos premios no varía su calificación, algunos aspectos merecen especial mención en este estudio. Así, y en algunos casos, los convenios de sector condicionan la inclusión de estos premios de jubilación en los convenios de empresa a determinados requisitos. Por ejemplo, restringen el porcentaje de personas que podrán acceder al mismo a lo largo del año (8%, 10%, 15% de la plantilla) e incluso se condiciona el acceso a un trabajador si se trata de empresas pequeñas (de menos de seis trabajadores, por ejemplo). La selección puede hacerse a través de diferentes fórmulas: quien antes lo solicite, quien tenga una mayor antigüedad, quien cumpla una serie de requisitos, etc. Con este tipo de limitación se trata de evitar tanto una carga excesiva a las empresas que puedan resultar

económicamente más débiles como un desmantelamiento de empresas pequeñas en las que coinciden trabajadores con edad de jubilación en un mismo período de tiempo.

2. Por lo demás, también en los convenios sectoriales se suelen hacer salvedades en relación a las condiciones que sobre jubilación voluntaria tienen establecidas las empresas. Las fórmulas posibles incluyen la opción del trabajador por la que se considere más beneficiosa de las dos, siendo por tanto incompatible la percepción de ambas. Suele ser frecuente, pues, la inclusión de una fórmula genérica a las condiciones más beneficiosas, permitiendo con ello que no sean de aplicación los posibles premios de jubilación establecidos en la negociación sectorial.

III. SOBRE LA EXTERNALIZACIÓN DE LOS PREMIOS DE JUBILACIÓN

Los argumentos para defender la externalización de los premios de jubilación son tan sólidos como los que pretenden eludir tal obligación. Con todo, entendemos que, con ser ésta una cuestión no exenta de polémica, son más contundentes los argumentos jurídicos positivos que negativos. En este sentido, las argumentaciones principales pueden ser reunidas en diez grupos o apartados, cuales los siguientes :

1º) La forma del devengo como cantidad a tanto alzado de los premios de jubilación no excluye su consideración como compromisos por pensiones.

Existe una concepción generalizada sobre el binomio mejoras directas-cantidades periódicas de forma tal que las mejoras sólo se conciben en cuanto complemento directo de la cuantía de las pensiones de la Seguridad Social y en tanto éstas suelen devengarse de forma periódica y tan sólo excepcionalmente a tanto alzado, aquéllas han de compartir la misma caracterización. Y, así, si la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social se desarrolla a través de una cuantía periódica, los complementos que no se ajusten a esta modalidad de devengo no podrán considerarse ni mejoras, ni complementos, ni, por ende, compromisos por pensiones. Esto serviría para excluir de este concepto a todas aquellas cuantías a tanto alzado que compensan, incentivan, motivan, gratifican, reconocen la labor del trabajador pero que no están directamente destinadas a completar la cuantía de su pensión de jubilación. Ciertamente recaerían éstas o se configurarían en relación al cese en el trabajo con carácter

definitivo al llegar a una determinada edad pero de forma distinta a los complementos periódicos, ya que aquéllas cumplen su función en un único acto. Eso conduciría posiblemente a considerar que no tienen ni la misma estructura ni la misma finalidad que dicho complemento de las rentas de sustitución encontrándose más cerca de cualquier otro premio, como el de fidelidad o el de permanencia o el de antigüedad, que a los compromisos por pensiones. De ser así se impone la conclusión de que dentro del concepto de mejora directa se encontrarían únicamente los supuestos de los complementos periódicos. Para los premios de jubilación o las ayudas por jubilación anticipada o cualquier denominación que atienda a la intención de indemnizar el acceso a la jubilación, y aun cuando surgieran dudas sobre su conceptualización, su ubicación más idónea sería la complementariedad genérica del último inciso del art. 41 CE y en determinados casos ni siquiera eso, sino simplemente indemnizaciones por ruptura del contrato de trabajo (VALDES DE LA VEGA). Así sucede, por ejemplo, cuando el establecimiento de los premios de jubilación ni siquiera queda condicionado al acceso efectivo a la jubilación del trabajador. No se impone, en tal supuesto, la condición de pensionista sino que basta con que el trabajador alcance la edad de jubilación para posibilitar el premio en cuestión.

Es ésta una interpretación que, sin embargo, no se comparte. Fundamentalmente, porque se trata de interpretación que atiende a un concepto restrictivo tanto de las mejoras directas como, y sobre todo, de los compromisos por pensiones. Tras la laxa caracterización sobre los compromisos por pensiones efectuada por el RDICP no cabe duda ya de que se incluyen en dicho concepto cualquier obligación que con finalidad de previsión social establezca el empresario en el seno de su empresa, independientemente de que ésta se fije a tanto alzado o de forma periódica y al margen, como señala la ley, de lo que esconda tras su denominación. No otro puede ser el claro tenor del art. 7.1 del RD 1588/99 cuando señala que dichos compromisos “comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos cualquiera que sea su denominación”. La obligación de externalizar es de carácter general y afecta a todas las fórmulas de previsión complementaria que se pueden concretar en pensiones propiamente dichas, rentas periódicas o en forma de entrega de capital a tanto alzado o tanto en unas u otras cuando se devenguen por la actualización de las contingencias consideradas como compromisos por pensiones (YANINI BAEZA). La cuantificación de los compromisos no puede modificar el régimen jurídico aplicable. Y, así, considerar, por ejemplo, que el carácter simbólico de algunos premios de jubilación (dos mensualidades) resulta desproporcionado respecto de la obligación de externalizar el mismo no es más que una consideración carente de rigor jurídico pues la cuantía de los compromisos en ningún caso ha sido estimada por el legislador al establecer la

obligación. Y, aunque con mayor fundamentación, tampoco cabe considerar que la forma –a tanto alzado o periódica– de un determinado compromiso puede alterar la obligación de externalización sobre el mismo.

No otro puede ser el sentido de todos los Informes elaborados por la Dirección General de Seguros, ya expuestos, y sobre todo de la reforma operada por el art. 7 RDICP al admitir “cualquier denominación” que adquieran estos compromisos por pensiones. Puede tratarse de una pensión –atribución dineraria de una suma de pago periódico de duración indeterminada–, de un subsidio –atribución dineraria de pago periódico con una duración preestablecida–, de una asignación –atribución dineraria de carácter periódico con el fin de compensar determinadas cargas–, de una indemnización –entrega de una cantidad de dinero por una sola vez para compensar daños o gastos–, de ayudas económicas –cantidad tasada de dinero para facilitar al beneficiario la adquisición de un determinado bien– o cualquier otra denominación que se establezca (AGUILERA IZQUIERDO). El abanico de posibilidades contempla desde los compromisos de carácter periódico o vitalicio hasta simples entregas de una cantidad a tanto alzado independientemente de la cuantía económica de la misma, desde prestaciones que mejoran las prestaciones básicas que otorga el régimen público con el fin de incrementarlas cuantitativamente para lograr una mejor protección y próxima al nivel de rentas que el trabajador percibe en activo hasta las prestaciones de naturaleza o estructura diferente a las que constituyen la acción protectora del régimen público para las mismas contingencias al fijar libremente una cuantía de la prestación al margen del importe de las prestaciones públicas o prestaciones que protegen contingencias no cubiertas por el régimen público de Seguridad Social (por ejemplo, prestaciones de prejubilación o el acceso a la pensión privada a los 60 años cuando no se tiene derecho a la jubilación del sistema de Seguridad Social). Y se extiende a todos los supuestos aun cuando la adquisición o el derecho derivado se condicione al cumplimiento de determinados requisitos. Se trata, en este caso, de compromisos que no se consolidan si no se produce alguna circunstancia –la jubilación en la empresa, la jubilación a una determinada antigüedad, etc.–. Mas, aunque se trate de compromisos no firmes y se hallen sometidos a condición, procederá su obligación de externalizar (GARRIGUES & ANDERSEN).

En definitiva, en ningún momento se aprecia una distinción en la legislación sobre planes y fondos de pensiones o sobre contrato de seguro al valorar la cobertura de los riesgos según la forma de su devengo, periódico o a tanto alzado. Cualificar esta distinción resulta contrario a la línea adoptada por el legislador, quien, desde 1995 cuando menos, ha perseguido la garantía de estos

compromisos en su diversidad y pluralidad imaginables. Tan sólo cabría matizar esta afirmación tan contundente al analizar el último inciso del art. 8.6.a) LPFP que admite que “los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con aquéllas y pasen a situación legal de desempleo a consecuencia de un expediente de regulación de empleo, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación, podrán ser objeto de instrumentación con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la disposición adicional primera de esta Ley, en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de ésta”. Pues bien, éste es el único supuesto de “instrumentación voluntaria” y, sin perjuicio de los comentarios que tal precepto merezca, lo cierto es que se trata de situaciones de escasa relevancia en su relación con los premios de jubilación pero, si la hubiera, al entender algún convenio colectivo que, en tal caso, procede asimismo el premio de jubilación –en este supuesto, mejor el “premio de prejubilación”– habría que advertir esta matización, sin que se altere básicamente lo expuesto hasta el momento.

2º) La finalidad de la reforma sobre externalización de los compromisos por pensiones persigue la inclusión y no la exclusión de conceptos. Las excepciones exigen una interpretación restrictiva.

Se trata de una conclusión necesaria si se tiene en cuenta la interpretación finalista de la reforma operada en esta materia desde 1.995 hasta hoy. Cuando el legislador se plantea la necesidad de establecer, en los términos acuñados por DE LA VILLA GIL, un nivel de garantía –la externalización– para consolidar un nivel de cobertura previo –las mejoras– lo hace con carácter general y no repara en excepciones. Externalizables son todos los compromisos por pensiones que tienen como referencia las contingencias de jubilación (extendiéndola a las situaciones asimilables o a las prestaciones equivalentes, en los términos ya expuestos), la incapacidad permanente y la muerte y supervivencia. Cuando el legislador ha querido exceptuar la obligación lo ha hecho y, así, ha permitido el mantenimiento de los fondos internos en los casos que ha considerado que los compromisos quedaban debidamente asegurados; o, en otro ejemplo importante, ha establecido abiertamente la exclusión de cualquier compromiso no dinerario *ex art. 7.3 RDICP*, tales como los premios de jubilación consistentes en la entrega de objetos conmemorativos en forma de relojes, insignias, medallas, etc, o los compromisos de entrega de diversos productos *in natura* en el momento de la jubilación.

Queda claro, de ese modo, que cuando el legislador ha querido exceptuar la externalización de determinados compromisos, lo ha hecho constar expre-

samente (pervivencia de los fondos externos, compromisos no dinerarios, etc). Interpretar de otra forma la norma sería ir en contra del sentido pretendido por la misma y puesto de manifiesto en las diferentes exposiciones de motivos que se han sucedido en todas las reformas llevadas a cabo en esta materia desde 1995. Hasta tal extremo prevalece este criterio de interpretación restrictiva de la excepción que, incluso las excepciones explícitas, como la del mantenimiento de los fondos internos, permanecen únicamente para los compromisos asumidos con anterioridad a la aplicación de la LOSSP, no con los que hayan sido adoptados con posterioridad, los cuales deberán ser externalizados de conformidad con la regla general. El verdadero sentido de la reforma iniciada en 1995 es el de lograr que todos los compromisos por pensiones que afecten a las contingencias susceptibles de cobertura sean externalizados. Así lo ha confirmado la S.TS 31 en.01, Ar. 2137 que tanto en su fundamento sexto como en el noveno insiste en la necesidad de interpretar restrictivamente las excepciones del legislador y ampliamente las disposiciones del mismo.

3º) La relación entre los premios de jubilación y la contingencia de jubilación a la que se refiere el art. 8.6 LPFP resulta incuestionable.

La relación con la jubilación del sistema de Seguridad Social, cualquiera que sea la modalidad a que se haga referencia en los premios de jubilación pactados, es ineludible. Estos premios tienen como principal referencia la jubilación del trabajador y es ésta la que origina o causa los mismos; incluso aunque en el convenio se establezca, como ha podido comprobarse, que los premios pueden otorgarse aun si el trabajador no accede de forma efectiva a la jubilación, siendo suficiente con que cumpla la edad y con que extinga –o no– su contrato de trabajo con la empresa. La jubilación está presente de forma permanente no sólo en la denominación de estos premios sino en su propia constitución y en el fundamento de su existencia. A diferencia de otro tipo de indemnizaciones, ayudas, gratificaciones o premios que establezca la empresa o la negociación colectiva o pueda establecerse de futuro, estos premios de jubilación tienen una conexión directa con la jubilación del trabajador y, por tanto, son compromisos que se adquieren en relación con la misma. Y es precisamente esa conexión estrecha con la contingencia a la que se refieren las normas de externalización la que obliga a que dichos premios sean externalizados. Con toda seguridad esta obligación no se impondría si se tratara de un premio referido a una contingencia de las no incluidas en el art. 8.6 LPFP o de un objetivo desconectado del sistema público de la Seguridad Social, obediente a un propósito distinto de incentivar la permanencia en la empresa, motivar la ruptura consensuada del contrato de trabajo, posibilitar la contratación de trabajadores jóvenes, o fin análogo a estos tres invocados.

En el supuesto del premio de jubilación, al trabajador se le gratifica por acceder a su jubilación, esto es, por iniciar un período de inactividad. Previsiblemente en este caso concreto se intente asimismo compensar la antigüedad/continuidad del beneficiario en la empresa. Pero a diferencia de otros premios o ayudas que puedan pactarse en la negociación colectiva, en éste existe una conexión con la jubilación del trabajador. Y, por tanto, es un compromiso que la empresa adquiere en torno a una contingencia externalizable como es la jubilación del trabajador. Es más, si existieran premios o incentivos a la prejubilación del trabajador, la conclusión debiera ser idéntica bien que con los matices antes señalados. E incluso si, teniendo en cuenta las recientes reformas en torno a la prolongación de la vida laboral del trabajador, se establecieran gratificaciones sobre la misma, también debieran ser externalizables siempre que su percepción estuviera vinculada al acceso a la jubilación del trabajador. De ahí que pueda resultar un tanto indiferente qué es lo que se pretende al establecer el premio de jubilación. Es cierto que en el caso de la jubilación anticipada o de la prejubilación, el incentivo puede estar vinculado a una medida de política de empleo –reestructuración no traumática de plantillas, conversión de contratos indefinidos de trabajador de más edad por contratos temporales en trabajadores más jóvenes, redimensionamiento organizativo, tecnológico o productivo, etc–, siendo marginal el interés por la jubilación del trabajador. Pero aún en estos casos la jubilación se convierte en elemento nuclear toda vez que sin la misma el establecimiento de la ayuda carecería de sentido. En idéntica medida, el premio de jubilación fijado no con este carácter sino para gratificar al trabajador por su permanencia en la empresa hasta el momento de su jubilación tiene como centro de referencia principal y único la jubilación del trabajador. Y éste se convierte en un requisito básico para defender la externalización de los mismos.

4º) La diferencia con otros premios o indemnizaciones por su vinculación con la jubilación determina la obligación de externalizar los mismos frente a aquéllos.

La diferencia entre el premio de jubilación y los premios vinculados exclusivamente a la antigüedad del trabajador ha sido puesta de manifiesto por algunos tribunales considerando la naturaleza salarial de estos últimos –que “retribuyen la permanencia o continuidad en la prestación laboral durante un dilatado período de tiempo, siendo por tanto un complemento salarial fijado en función de la antigüedad en la prestación de los servicios laborales por cada trabajador”– de los premios de jubilación –“mejoras sociales que son prestaciones o indemnizaciones de Seguridad Social”– (S.TSJ Aragón 30 oct.01, Ar. 3743, FJ 3). Tampoco cabe confundir el premio de jubilación con una indem-

nización con motivo de la extinción del contrato de trabajo (S.TSJ Andalucía 23 mar.01, Ar. 2804, FJ 2 y 18 jul.97, Ar. 5266, FJ 2), pues aquella sólo procede cuando el trabajador extingue el contrato pero accede —o puede acceder— a la jubilación y ésta en el supuesto genérico de la extinción contractual. Ni tampoco con la estructura del salario pues cuando se produce la liquidación de haberes y partes proporcionales no cabe confundir la misma con el premio de jubilación ya que a éste no puede “atribuírsele esa naturaleza” (S.TSJ Andalucía 23 febr.98, Ar. 1527, FJ 1).

En general, se trata de indemnizaciones que “no tratan de compensar la merma de ingresos económicos” que el trabajador sufre al jubilarse, sobre todo si lo hace anticipadamente (S.TSJ Asturias 6 oct.00, Ar. 3206, FJ 2 o S.JS Girona 20 sept.00, Ar. 3729, FJ 3) sino que, básicamente, sirven para “procurar ocupación a trabajadores desempleados” (S.TSJ Castilla-La Mancha 13 nov.98, Ar. 7061, FJ 2). Considerando incluso que se trata, pese a estar pactadas como a cantidades a tanto alzado, de “una prestación complementaria, de carácter convencional y encuadrable dentro de la llamada Seguridad Social complementaria” (S.TSJ de las Palmas de Gran Canaria 25 oct.99, Ar. 7332, FJ Unico o S.TSJ Murcia 5 may.98, Ar. 2258, FJ 2, admitiendo que el premio de jubilación como un complemento de jubilación). La vinculación con la jubilación queda puesta de manifiesto cuando se establece que “la finalidad de completar la continuidad y permanencia al servicio en una misma empresa constituye sin duda la esencia del derecho que se instituye pero la referencia a la jubilación lo determina en un sentido cronológico de edad, sea la anticipada o la forzosa, y en un sentido finalista de posibilidades laborales, de manera que en modo alguno sería de aplicación a quienes cesaran en la empresa por modo distinto en edades más tempranas o por causa de inhabilitación para el trabajo” (S.TSJ Aragón 26 feb.97, Ar. 520, FJ Unico).

5º) Las nueva LPFP y la Ley refuerzan la consideración como compromisos por pensiones de estos premios de jubilación.

Quizá sirva para reforzar el planteamiento elaborado hasta el momento el análisis algunos aspectos introducidos en la nueva LPFP, tras la reforma operada por la Ley 24/01, en especial en su art. 32, sobre la LPFP/87. En primer lugar, el nuevo art. 6.1.e) LPFP mediante el cual se exige que al definir las prestaciones y fijar las normas para la determinación de su cuantía se precise, también, si dichas prestaciones son revalorizables o no y la forma de revalorización, así como los criterios y regímenes de diferenciación de aportaciones y prestaciones. Y, en el caso de que los planes de pensiones contemplen prestaciones definidas para alguna o todas las contingencias, a las especificaciones

del Plan deberá incorporarse como anexo una base técnica elaborada por el actuario con el contenido y requisitos que establezca el Ministerio de Economía. Por lo tanto, ya en las Especificaciones del plan han de estar considerados estos premios de jubilación. En segundo término, el nuevo art. 8.6 a) LPFP en los términos ya expuestos y que sirven para reforzar en la ley y no únicamente en la norma reglamentaria el contenido amplio que el legislador de los planes y fondos de pensiones reserva a la contingencia de jubilación de dicho precepto. Con esta nueva reforma, el legislador afianza más si cabe no sólo la relación entre las contingencias de Seguridad Social y los compromisos por pensiones, sino la necesidad de abarcar en este último concepto el mayor número de situaciones, sobre todo cuando se refiere a la extinción del contrato de trabajo. Así, por ejemplo, ya no se hace referencia a la edad en que el trabajador pasa a la situación de desempleo tras extinguir su contrato de trabajo, cuando con anterioridad se exigía, al menos, la edad de 52 años. Incluso se modifica la concepción sobre el pensionista de jubilación pues si bien antes se le impedía mantener el régimen de aportaciones a un plan una vez reconocida su pensión de jubilación, salvo para la contingencia de fallecimiento, hoy se consiente el mantenimiento de las mismas en aquellos casos en que el beneficiario vuelva a estar en alta en un régimen de Seguridad Social por reanudación de su actividad laboral. Excepción que no puede sorprender dado el interés legislativo por incentivar la prolongación de la vida laboral activa y la permanencia en el puesto de trabajo una vez cumplida la edad de jubilación.

Por lo demás, la Ley 44/02 no duda en obligar expresamente a la externalización de los premios de jubilación y en aceptar una prórroga para dicha instrumentación. Ciertamente que en este caso la referencia es restrictiva –premios de jubilación, establecidos en convenio colectivo de ámbito supraempresarial, vinculados a la permanencia del trabajador en la empresa o en el sector hasta la jubilación y que consistan en una prestación pagadera por una sola vez en el momento de la jubilación– pero la misma puede ser referida no tanto a la externalización, como a la prórroga establecida. Tesis que podría ser mantenida, creemos, sin objeción a la luz de las conclusiones alcanzadas en este trabajo.

6º) La externalización impide la supresión de los premios ya pactados no así de los que se pacten en el futuro.

Uno de los principales problemas que obligan a cuestionar la naturaleza jurídica de los premios de jubilación y la externalización o no de los mismos es que, al formar parte de la negociación colectiva, están dentro de las reglas generales previstas para la sucesión de convenios. No queda duda ya, tras la modificación operada por la reforma de 1994, que el convenio posterior puede

disponer libremente de los derechos pactados en el anterior, ex art. 86.4 LET. Del nuevo convenio dependerá, pues, el reconocimiento del premio en los mismos términos que en el convenio anterior, su eventual modificación o su completa supresión. De hecho, su omisión implicaría tácitamente su supresión, por ejemplo. Mas la concreción práctica de esta modificación legal referida en general a las mejoras directas y, en concreto a los compromisos por pensiones, o más específicamente a los premios de jubilación merece una consideración adicional.

Hasta la reforma llevada a cabo por la LOSSP en el año 1995 el planteamiento de este problema sobre mejoras y sucesión de convenios colectivos se resolvía desde la perspectiva del estudio de los derechos adquiridos. Y, así, no existía recelo alguno al reconocer que para que un derecho adquirido pudiera considerarse existente dentro de una relación intemporal o sucesión de normas, señalaba el TS, “tiene que haberse producido la consolidación de una situación jurídica bajo el imperio del ordenamiento anterior”, lo cual significa “la concurrencia de cuantos requisitos sean necesarios para el perfeccionamiento del acto, según las exigencias de la anterior normativa” (S.TS 1 jul.94, Ar. 7042). Una situación distinta a la de las expectativas de derecho en las cuales no se ha producido la consolidación de la situación jurídica. En este caso, y de acuerdo con los arts. 82.4 y 86.4 LET, ni el convenio colectivo anterior puede prolongar sus efectos incidiendo sobre el ámbito temporal del posterior, ni este último debe mantener inmodificables o irreversibles los derechos pactados en el primero (S.TS 11 may.92, Ar. 3542) pues, como señala este pronunciamiento, “no parece que pueda ser actualmente considerado como principio informador del ordenamiento laboral el llamado de irreversibilidad”. Tampoco es posible la incorporación de los derechos recogidos en la norma, al campo del contrato de trabajo bajo la fórmula de derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas. En consecuencia se producirá la pérdida de expectativas de derecho que pueden verse frustradas aun cuando el trabajador lleve algún tiempo generando o reuniendo los requisitos establecidos si bien no los ha reunido en su totalidad. Así lo señala la S.AN 23 jun.93, Ar. 5607 que establece la supresión de una mejora por un convenio posterior, pudiendo afectar ésta a las prestaciones concedidas en aquella mejora “ya que se encontraban en curso de adquisición...porque las mismas no habían entrado en el patrimonio de los beneficiarios sino que sólo contenían una expectativa de derecho, sometida al cumplimiento de una serie de circunstancias”.

En parte porque todos estos argumentos resultaban contrarios a lo dispuesto por el art. 8 de la Directiva 80/987/CEE, 20 oct.80 que obliga a los Estados miembros a asegurar, para el caso de insolvencia del empresario no sólo

los derechos adquiridos sino “los derechos en curso de adquisición”, pero, sobre todo, porque con la aprobación de la LOSSP decidió eludir cualquier responsabilidad estatal por falta de transposición de dicha Directiva, en la actualidad la obligación de externalizar surge precisamente para evitar todo este tipo de disfunciones, al menos en una serie de mejoras a las que denomina compromisos por pensiones. Por lo tanto, esta duda ya no cabe ser planteada en relación a los compromisos por pensiones susceptibles de externalización. Es cierto que en el supuesto que nos ocupa cabría cuestionar si estos premios son compromisos por pensiones pero, admitida dicha consideración, su modificación o alteración se vería impedida precisamente por las reglas de externalización. Quizá para los premios de jubilación pudiera señalarse que como se trata de cantidades de tracto único si los trabajadores, bajo la vigencia de las correspondientes cláusulas, reúnen los requisitos precisos y acceden a la jubilación les deberán ser abonadas las cantidades correspondientes y, en caso contrario, sus expectativas de derecho no quedarán protegidas al aplicar las reglas sobre sucesión de convenios. Pero reiteramos que sería ésta una conclusión desacertada si se tiene en cuenta que el hecho de que se devenguen periódicamente o como cantidad a tanto alzado, como ya se ha expuesto, no modifica en nada el régimen jurídico de compromisos por pensiones que merecen.

7º) Las posibles dificultades en el proceso de externalización no condicionan la obligación de externalizar.

Una dificultad añadida al considerar la externalización de estos compromisos por pensiones puede venir dada al determinar cómo proceder a su externalización. Hasta el momento, y en torno a la jubilación o situación asimilable, los problemas aplicativos han venido focalizándose en tres aspectos concretos: la determinación del concepto de situación asimilable, la posibilidad de establecer una obligación de contribuir al nuevo sistema de previsión al trabajador y la forma más idónea de externalizar. En relación a la primera, ya hemos puesto de manifiesto que se trata de situaciones de prejubilación (LOPEZ CUMBRE) que el legislador se muestra reacio a reconocer y calificar para evitar un incremento de dichas situaciones, admitiendo tras la reforma de 1995 que son compromisos externalizables. Respecto de la segunda, la respuesta parece también clara. Se trata de considerar si la asunción de esta contingencia como posible previsión en un plan de pensiones o en un contrato de seguro puede llevar consigo la obligación del trabajador de contribuir al pago de las cantidades oportunas. Ciertamente a través de la negociación colectiva puede establecerse un sistema de previsión complementario en la empresa. No obstante, la LPFP (arts. 1 y 4) impone la aceptación individual y voluntaria de cada trabajador, de tal forma que no cabe obligar a éste a incorporarse a cual-

quiera de las fórmulas descritas si no es con su plena conformidad. Una salvedad que no es necesaria en el contrato de seguro, especialmente en los contratos de seguro colectivo, porque la prima es abonada por la empresa para todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de dicho contrato. En relación al último de los tres problemas, ninguna de las dos modalidades –plan de pensiones o contrato de seguro– permiten repentizar, a diferencia de los fondos internos, la cobertura de un riesgo ya surgido, esto es, no admiten una protección *a posteriori* sino que se caracterizan por configurar *sistemas de previsión* y, por lo tanto, no se constituyen como *sistemas de protección*.

La dificultad no estriba, pues, en determinar si externalización sí o externalización no, porque se incurriría en un planteamiento común a todos los compromisos por pensiones; la verdadera cuestión de interés estriba en establecer los cálculos necesarios para cubrir dicha contingencia. Dificultad que, sin embargo, no puede entenderse como insuperable para la técnica actuarial, a partir de la toma en consideración de una situación tipo, adaptando a partir de ella el supuesto a las circunstancias del caso concreto.

8º) Sobre la modalidad a elegir en los planes de pensiones a fin de proceder a la externalización de los premios de jubilación.

La elección de la modalidad concreta al externalizar estos compromisos puede generar un nuevo foco de problemas. Y quizá no tanto en relación al contrato de seguro, pues la fijación de las primas permite mayor margen de maniobra, como en lo que se refiere a los planes de pensiones del sistema de empleo. Como es sabido, estos últimos pueden ser de aportación definida, de prestación definida o mixtos. La decisión se presenta difícil si se atiende a las previsiones financieras más optimistas de acuerdo con las cuales en un sistema de aportación definida un 1% de rentabilidad adicional del fondo aumentará las pensiones de los partícipes en un 20% para un horizonte temporal de 20 años; o reducirá las aportaciones futuras de la empresa en un 20% cuando se trate de un sistema de prestación definida.

En el régimen de aportación definida, la cuantía de las aportaciones y su rentabilidad determinarán las prestaciones cuantificadas en el momento de producirse la jubilación u otra contingencia cubierta. Los compromisos futuros no contemplarán ninguna hipótesis ni de tipo financiero, ni demográfico, ya que no se garantiza ni el tipo de interés técnico ni las prestaciones futuras. En el régimen de prestación definida la cuantía de la prestación determina las cantidades a aportar. Una vez fijadas las prestaciones y aplicando las hipótesis financieras y actuariales correspondientes, se obtendrá la aportación anual. Es

decir, las prestaciones actúan como variable independiente, mientras que las aportaciones lo hacen como variable dependiente. Ello no impide que las aportaciones puedan modificarse de un ejercicio a otro si así lo exige la evolución de las variables económicas, demográficas o financieras tenidas en consideración. Esta modalidad incluye, por lo demás, dos métodos de determinación del coste. Uno, el de los beneficios devengados, en el que las prestaciones a que tiene derecho el trabajador en el momento de la jubilación se van acumulando con los años de servicio de la empresa. Cada año se devenga una cuota-parte de la prestación prevista, de manera que la pensión a la hora de la jubilación viene dada por las prestaciones que cada año se acumulan. Otro, el de los beneficios proyectados, en el que se establece o se proyecta una cuantía anual de los beneficios por jubilación. Esto significa que se parte de una prestación total de jubilación para determinar posteriormente la aportación anual, a diferencia del método anterior en el que se definía la prestación que se devengaba o acumulaba cada año para después actualizarla actuarialmente y calcular la aportación anual. Y, por último, el sistema mixto en el que cabe fijar simultánea o separadamente la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución. Caben en este modelo múltiples combinaciones: sistemas con dos colectivos diferenciados, uno de aportación definida y otro de prestación definida; en un mismo sistema y colectivo de trabajadores lo que se define es la aportación y la prestación; en un mismo sistema se combina la aportación definida para alguna contingencia con la prestación definida para una u otra de las contingencias cubiertas, etc. La relación entre aportación y prestación obliga a considerar tanto los componentes demográficos como los financieros, ofreciendo esta modalidad un menor grado de incertidumbre sobre la situación futura de cada partícipe.

En relación a los premios de jubilación existe una especie de contradicción pues si bien son los planes de prestación definida los que cuantifican una prestación en términos de una paga de devengo único, de cuantía fija o variable, vinculada a los años de servicios y/o a la edad de jubilación del trabajador, para las prestaciones referidas a la jubilación suele optarse por un sistema de aportación definida. Lo característico de la contingencia de jubilación o situación asimilable es el derecho a una prestación que ha sido definida a través de aportaciones y sus correspondientes rendimientos. En cambio, en los premios de jubilación la finalidad de la prestación no se asimila a la prevista para la contingencia de jubilación pues no se trata de una renta de sustitución sino de un complemento económico vinculado al hecho causante y a la pensión de jubilación. Por otra parte, puede considerarse que las prestaciones por aportación definida constituyen un derecho del trabajador que surge desde el mismo momento en que se establece de modo que la presta-

ción se configura por las aportaciones empresariales o del trabajador y los rendimientos derivados de la misma. Bastará con que se produzca el hecho causante de la jubilación o de la situación asimilada para que el trabajador perciba la prestación. En el caso de las prestaciones vinculadas a la pensión de jubilación constituyen un derecho normalmente condicionado y no sólo al hecho causante de la misma sino en ocasiones a una serie de requisitos establecidos adicionalmente en el convenio, de forma que el empresario viene vinculado por el pacto en los términos en que se configura como un derecho. Para el supuesto de contingencia de jubilación con aportación definida el empresario satisface el derecho con el desembolso económico de la aportación en el plan de pensiones, siendo indiferente que la prestación económica sea igual o superior a las aportaciones realizadas pues el trabajador tiene garantizada sólo la prestación no su cuantía. Sin embargo, en la prestación definida, las exigencias derivadas de la negociación colectiva obligan al empresario a garantizar la cuantía exactamente prevista en el convenio y si el empresario no la satisface en su totalidad el trabajador podrá reclamar a éste su cumplimiento.

Para evitar disfunciones entre lo pactado y lo percibido, el art.76.2 RPPF exige que los compromisos por pensiones relacionados con la contingencia de jubilación se incorporen en el correspondiente Anexo con todas las condiciones particulares y expresamente con las contribuciones y prestaciones correspondientes. Deberá figurar pues la prestación definida que se proteja (premio de jubilación), siendo las contribuciones del empresario el fruto de una simulación actuarial financiera para garantizar la prestación futura. Una vez producida la contingencia, el trabajador tendrá derecho a la prestación. Sin embargo, la cuantía de dicha prestación está en función de las aportaciones y sus rendimientos, de ahí que la coincidencia entre lo proyectado y lo definitivamente percibido no siempre sea exacta. Pero esta es una hipótesis que gira en torno a toda la externalización y que sólo se resuelve a través de dos vías: una, exigiendo cálculos actuariales lo más precisos posibles a la hora de calcular las aportaciones a realizar y, otra, estableciendo mecanismos flexibles para ajustar el posible desequilibrio entre lo proyectado y lo realmente percibido. No son ajenas las normas de planes y fondos de pensiones a estos hechos. Así, por ejemplo, el art. 15.5 RPPF prevé la posibilidad de efectuar aportaciones extraordinarias complementarias de las ordinarias y sus rendimientos en la cuantía necesaria para alcanzar el importe total pretendido, en este caso, por el premio de jubilación si se contemplaran como insuficientes las aportaciones realizadas. O como también prevé dicho precepto para el supuesto contrario, si éstas superaran las previsiones actuariales cabe suspender la aportación comprometida una vez que se encuentre plenamente garantizada la cuantía econó-

mica de la prestación definida, suspensión que durará el tiempo que la prestación definida esté legalmente satisfecha debiendo reanudarse las aportaciones en el momento en que el derecho del trabajador deje de estar garantizado en la cuantía comprometida. E incluso puede valorarse la solución del sistema mixto. Es cierto que la legislación no aporta soluciones precisas a estos problemas y que existen lagunas a la hora de intentar conciliar el tipo de compromiso – premio de jubilación– con la forma elegida para externalizarlo –prestación definida– debido a que lo habitual en los compromisos por pensiones es optar por una aportación definida dado que se suelen pactar complementos periódicos (GARCIA BLASCO y GONZALEZ LABRADA). Pero eso ni impone la no consideración de estos premios como compromisos por pensiones ni impide su externalización que, como ha podido comprobarse, contiene normas de ajuste, con todo, válidas.

Algunos Convenios Colectivos ya han adoptado medidas en este sentido. Sirva de ejemplo el CC de Agencias de viajes (Resolución 25 jul.00, BOE, 14 ag.). En su art. 30 establece los premios de jubilación a los trabajadores que solicitan la jubilación anticipada. En función de la edad y de la antigüedad en la empresa, el importe del premio será distinto en una escala que se extiende de doce a dos mensualidades. La novedad reside, con todo, en el art. 32 de dicho convenio en el que se establece el régimen de aplicación para el plan de pensiones. En él se hace una mención expresa a la aportación extraordinaria que sería necesaria realizar para atender a la contingencia de jubilación anticipada prevista en el art. 30 antes citado y que será determinada y cuantificada por medio de un estudio actuarial elaborado al efecto. Tal provisión se dividirá entre el número de trabajadores de la empresa y el cociente será la aportación extraordinaria inicial por trabajador prevista. Otros convenios, reconocen la obligación de externalizar por considerar los premios de jubilación como compromisos por pensiones, si bien la complejidad del proceso les exige adoptar medidas especiales para completar con éxito el mismo (Disposición Transitoria Unica del II Convenio Colectivo general de derivados del cemento, Resolución 11 sept.01, BOE, 1 oct.)

9º) La movilización del derecho derivado del premio de jubilación.

Otra posible incidencia surge al cuestionar cómo calcular estos premios de jubilación cuando el trabajador no permanece en la empresa que ha pactado el premio de jubilación. En puridad, los derechos vinculados a las aportaciones efectuadas para satisfacer la prestación definida se percibirán por el trabajador, una vez extinguida la relación laboral, tanto si se jubila como si no y tanto si permanece en la empresa como si no es ya empleado de la

misma en el momento en que sobreviene el hecho causante de esta contingencia.

Sabido es que la equivalencia entre aportación e inexistencia de derechos del trabajador se rompe en esta legislación por cuanto prevalece la regla general de que los derechos consolidados pueden ser movilizados por el partícipe a otro plan. Es cierto que la titularidad de derechos no implica un régimen abierto de libre disposición ya que se carece de tal libertad hasta el momento en que se devengan las prestaciones protegidas por el plan y manteniendo como básico el principio de irrevocabilidad de las aportaciones recogido en la normativa vigente. Las aportaciones de los partícipes, directas o imputadas, determinan la existencia de derechos consolidados en función del sistema financiero-actuarial de capitalización utilizado lo que significa que los partícipes no sean tanto acreedores de prestaciones como titulares de los bienes patrimoniales del plan. La Ley del Impuesto de Sociedades exige hoy claramente que para considerar deducibles las contribuciones a la cobertura de las contingencias de los planes de pensiones se cumplan, entre otras, condiciones representativas de la transmisión de forma irrevocable del derecho a la percepción de las prestaciones futuras o, como señala la S.TS (Sala 3ª) 10 abr.00, Ar. 3774 “lo que es más riguroso, que se transmita la titularidad y la gestión de los recursos en que consistan dichas contribuciones” (FJ 3).

10º) Algunas dificultades derivadas de la obligación de externalizar los premios de jubilación.

El posible riesgo al establecer la obligación de externalizar estos premios de jubilación en su totalidad y no únicamente los mencionados en la DA 15ª Ley 44/02 es que desaparezcan de la práctica negocial. Es un riesgo que no deriva tanto de este proceso de garantía como de su efectividad como contraprestación en la negociación colectiva. En general, el establecimiento de un sistema de previsión privada es percibido como ventajoso tanto por los trabajadores que encuentran en él un beneficio y un elemento de seguridad, como por los empresarios que satisfacen con él pretensiones económicas, fiscales y financieras generalmente más rentables que a través de meros incrementos salariales. Mas, en todo caso, serán los negociadores quienes tengan que valorar su presencia o no y será la empresa, obligada a externalizarlos si los tiene establecidos o si lo hiciera en el futuro, la que deba seleccionar la fórmula que mejor se acomode a sus necesidades para garantizar el devengo de sus compromisos por pensiones, decisión que requerirá no sólo de un análisis económico básico de las distintas alternativas que le cabe adoptar sino de un análisis legal y fiscal de las distintas opciones.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- * AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 2001.
- * ALONSO SAURA, José Luís, "Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenios Colectivos", *DL*, núm.32, 1.990, pp.77-105.
- * CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1977.
- * COMISIONES OBRERAS, *La exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios. Guía jurídica y para la negociación colectiva*. Area de Planes y Fondos de Pensiones. Secretaría de Acción Sindical. Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Madrid, 2000.
- * FONT DE MORA, Pablo, PALOMO, Ricardo, ARIAS, Arantzazi y REY, Virginia, *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- * GALA DURAN, Carolina, *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1999.
- * GALLARDO MOYA, Rosario, "Las mejoras complementarias del sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva", *RL*, núm.23, 1.991, pp. 8-23.
- * GALLEGO LOSADA, Rocio, *Sistemas privados de pensiones en las empresas españolas*, Dykinson, Madrid, 2001.
- * GARCIA BECEDAS, Gabriel, "La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados", *Relaciones Laborales*, núm.3, 1997.
- * GARCIA BLASCO, J. y GONZALEZ LABRADA, M., "Algunos puntos críticos sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de la negociación colectiva", *Actualidad Laboral*, 2000-3 (I), pp. 691-698.
- * GARCIA MURCIA, Joaquín, "El espacio de las pensiones privadas", en AAVV, *Las pensiones sociales, problemas y alternativas* (vol.II), MTAS-AEDTSS, Madrid, 1999, pp. 161-218.
- * GARRIGUES & ANDERSEN, *La previsión social complementaria en España. La empresa ante la exteriorización de los compromisos por pensiones*, Garriguex & Andersen. Andersen Legal y Grupo Santander Central Hispano, Madrid, 2001.
- * GETE CASTRILLO, Pedro, "La disponibilidad convencional incondicionada en las pensiones privadas, un factor de inseguridad social", en AAVV, *Las pensiones sociales, problemas y alternativas* (vol.II), MTAS-AEDTSS, Madrid, pp. 267-278.
- * GONZALEZ ORTEGA, Santiago, "La empresa y los regímenes complementarios de las pensiones de Seguridad Social", *Revista del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social*, núm.2, 1.994, pp. 9-26.
- * LOPEZ CUMBRE, Lourdes, *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1.998.
- "Concentración empresarial y compromisos por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta del grupo de empresas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núms. 209-210, agosto-septiembre, 2.000, pp. 3-66.

- * MARTIN VALVERDE, Antonio, *Las mejoras voluntarias*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1967.
- * MONEREO PEREZ, José Luís, *Público y Privado en el sistema de pensiones*, Técnos, Madrid, 1.996.
 - "Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias", en AAVV, *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*, MTAS-AEDTSS, Madrid, 1.997, pp.18-210.
 - *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- * REY GUANTER, Salvador y GALA DURAN, Carolina, "Las mejoras voluntarias: análisis de la reciente negociación colectiva y su jurisprudencia", *REDT*, núm. 62, 1993, pp. 867-914.
 - "Protección social y negociación colectiva", en AAVV, *Seguridad Social y Protección Social*. Temas de actualidad, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 251-304.
- * ROMERO BURILLO, Ana María, "La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada y libre", en AAVV, *Las pensiones sociales, problemas y alternativas* (vol.II), MTAS-AEDTSS, Madrid, 1999, pp. 279-298.
 - "El nuevo régimen jurídico de los planes de pensiones del sistema de empleo tras la Ley 24/01 de 27 de diciembre", *Revista de Derecho Social*, núm.17, 2002, pp. 25-46.
 - *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- * VALDES DE LA VEGA, Berta, *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999.
- * YANINI BAEZA, Jaime, *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, EDERSA, Madrid, 1.995.
- * VILLA GIL, Luís Enrique, de la, "Estudio preliminar", *Pensiones Privadas*, ACARL, Madrid, 1.997, pp. XXI-LI.
 - "Las pensiones sociales: problemas y alternativas", en AAVV, *Las pensiones sociales, problemas y alternativas* (vol. I), MTAS-AEDTSS, Madrid, pp. 3-34.
 - *Leyes de Seguridad Social*, CEURA, Madrid, 2ª edición, 2.000.
 - "Garantías de las pensiones privadas", en AAVV, *Cuestiones de Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2000, pp. 7-45.