

Revista del Foro Canario



JURCOM Y LEGISCOM, S.L.
Calle Cartago 2, Esc. Dcha. 1º A - Madrid - España
Impreso por Omagraf, S.L.
I.S.S.N.: 0211-0903
Depósito Legal: G.C. 258-1980

**“INCIDENCIA DE LA FLEXIBILIDAD EN LA
FENOMENOLOGÍA DE LAS RELACIONES
DE TRABAJO”**

1/2000 de 7 de Enero

Don Vicente Álvarez Pedreira

Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

INCIDENCIA DE LA FLEXIBILIDAD EN LA FENOMENOLOGÍA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

1.- INTRODUCCIÓN

Los días 28, 29 y 30 de Marzo de 2.001, asistimos, en el Auditorio y Paraninfo de la Universidad de Deusto, en Bilbao, al 2º Curso de Formación Continuada de Jueces y Magistrados en el Orden Social, que, organizado por el Consejo General del Poder Judicial-Instituto de Estudios Socio-Laborales de la Universidad de Deusto, trataba de "La incidencia de la flexibilidad en la Fenomenología de las Relaciones de Trabajo."

Al hablar de flexibilidad, como señalaba Isidoro Alvarez Sacristán, hay que tener en cuenta que estamos sometidos constantemente al cambio social y al cambio legal. A veces se nos indican Normas flexibles o Jurisprudencia cambiante. Eso nos lleva a tener un concepto flexibilizado de la Norma.

En las Reformas Laborales anteriores, nos encontramos con conceptos que no siempre han sido recogidos por la Doctrina de los Tribunales. Así, los nuevos conceptos de polivalencia (artículo 25.5 del Estatuto de los Trabajadores), prevalencia (artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores) y equivalencia (artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores), que responden a una idea de flexibilidad.

El Tribunal Supremo, nos dice Alvarez Sacristán, viene flexibilizando su Doctrina, desde dos aspectos: a) variación en el tiempo, y b) variación en las decisiones. No es extraño encontrar una Sentencia sobre una misma materia y la contraria. No obstante, con bastante frecuencia -sobre todo en la Sala 4ª- nos encontramos con Doctrina cambiante, nueva y que contraria a la anterior. Hay que estar al día y no permanecer rígidos, parece decir el Tribunal Supremo.

Como señala Manuel Mª Zorrilla Ruiz, así como los Jueces ordinarios que aplican el Derecho Social, ejercitan los controles de Constitucionalidad -directos o difusos- que están a su alcance, les incumbe también acomodar el Derecho del Estado miembro a los cambios de rumbo que han ocasionado la emergencia y el reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales en el espacio social europeo.

Ante la magnitud y las repercusiones de estas realidades sociales que se multiplican, señala Zorrilla, los Jueces ordinarios no se encuentran con las manos vacías a la hora de someterse exclusivamente al imperio de la Ley. El espíritu móvil de las Leyes que aplican -evocado, como fundamental, por el artículo 3.1 C.C- obliga a ponderar sus novedades y, gracias a la dosis de poder interpretativo que otorga, facilita la eliminación de las consecuencias menos deseables de una neoliberalización que pone al mundo del trabajo en trance de sacrificar las más caras de sus esperanzas.

En el desarrollo del Tema Central intervinieron, aparte de los ya citados Isidoro Alvarez Sacristán -Doctor en Derecho, Magistrado- que expuso el tema "Flexibilidad versus Rigidez en la aplicación del Derecho del Trabajo Español" y el Profesor Dr. Manuel Mª Zorrilla Ruiz -Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco- que desarrolló su trabajo sobre "El ejercicio flexible de la Jurisdicción Social", los Ponentes siguientes:

- 1) El Profesor Dr. Alfredo Montoya Melgar, que desarrolló el tema: "El Derecho del Trabajo ante la Precariedad en el Empleo".

Examinó, en primer término, la realidad del empleo precario, examinando la precariedad fuera y dentro del Derecho del Trabajo y comentado los resultados de fomento de la contratación en la que denominó "Contra-Reforma" de 1994, la Reforma de 1.997 y sus consecuencias y dando un apunte sobre la del presente año 2.001.

- 2) Efrén Borrajo Dacruz, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo (U.C.M.) y Abogado, que desarrolla el tema: "Flexibilización de la Negociación Colectiva del Trabajo: Criterios Jurisprudenciales".

Examinó, en primer término, la Reforma Legal y la nueva Jurisprudencia, el Convenio Colectivo como Norma pactada, puntos críticos y el cambio legal, deteniéndose en examinar el nuevo problema de la Jubilación por edad y Convenio Colectivo tras la última Reforma, de lo que hablaremos con mayor detenimiento, por su importancia y novedad, más adelante.

- 3) Emilio Olabarria Muñoz, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, que desarrolló el tema: "Regulación flexible de los Despidos Disciplinarios y Tecnológicos", examinando la flexibilidad de la nueva relación de trabajo, la regulación en materia de Despido Disciplinario y por causas económicas.
- 4) Pablo Sesma de Luis, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia y Doctor en Derecho, que desarrolló el tema: "Flexibilidad de las Relaciones Laborales de carácter especial, examinando la flexibilidad de la contratación, salarial y de la extinción contractual del personal de Alta Dirección, del Servicio del Hogar Familiar, Deportistas Profesionales y Artistas en Espectáculos Públicos.
- 5) El Profesor Dr. Luis Enrique de la Villa Gil, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, de la Universidad Autónoma de Madrid, Abogado, que expuso su trabajo sobre "Flexibilidad en la determinación de los complementos de protección social", examinando la formación histórica del nivel de cobertura en la protección social privada, sus etapas, nivel de garantía y sus excepciones, deteniéndose en comentar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 31 de Enero de 2.001, a su juicio entraña una aplicación práctica de la inflexibilidad del sistema privado de protección social y de lo que, luego, por su importancia y novedad, hablaremos con mayor detenimiento.

Con independencia del evidente interés de todas las cuestiones tratadas, ya hemos anticipado que vamos a insistir -por la modificación que puede entrañar en la situación actual- en dos:

- a) El nuevo problema de la Jubilación Forzosa por edad y Convenio Colectivo tras la última Reforma Laboral y, b) la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 2.001 referida a derechos a rescate de los trabajadores que, en mejora voluntaria de la Seguridad Social -que no tiene naturaleza de Plan de Pensiones- extinguen su relación laboral por causa distinta a la Jubilación, Invalidez Permanente o Muerte.

De ambas cuestiones, de forma sucesiva, hablaremos a continuación.

2.- JUBILACIÓN FORZOSA POR EDAD Y CONVENIO COLECTIVO TRAS LA ÚLTIMA REFORMA LABORAL

Como señala Amparo Esteve Segarra, actualmente, la Jubilación Forzosa no se configura como instrumento de creación de empleo, sino como una medida para amortizar puestos de trabajo y facilitar la salida de las Empresas.

Está plenamente consolidada, hasta el Decreto-Ley 5/2001, que, después de una evolución y flexibilización jurisprudencial de la noción de política de empleo, la constitucionalidad de la Jubilación Forzosa, en el seno de la negociación colectiva. Tienen plena validez los pactos de cese obligatorio por cumplimiento de edad, siempre y sin otro requisito, que el trabajador afectado tenga derecho, en ese momento, a Jubilación; es decir, sin más condición que el percibo de la Pensión pertinente.

Hasta llegar a esta conclusión, es cierto que ha existido una evolución doctrinal y jurisprudencial que, siguiendo la Sentencia de 30 de Octubre de 2.000, Recurso 4800 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, vamos a examinar.

Se plantea -en la indicada Sentencia- la cuestión de la posibilidad de aplicar el artículo 23 del Convenio Colectivo de la Sanidad Privada de Catalunya.

Hay que señalar que si bien el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Jubilación Obligatoria o Forzosa establecida en la Disposición Adicional 5ª del anterior Texto del Estatuto de los Trabajadores, al cumplimiento de la edad de 69 años, el propio Tribunal Constitucional, ha abierto el cauce para que dentro de la negociación colectiva, puedan pactarse edades de Jubilación siempre que, en virtud de la Normativa de Seguridad Social, se cumpla el paso del trabajador a la situación de pensionista y tal fijación responda a las finalidades y objetivos de la política de empleo, sea en el ámbito nacional, sectorial o de empresa. Así lo ha afirmado en la Sentencia de 9 de Julio de 1998, del indicado Tribunal.

De otro lado, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 2 de Julio de 1.981, "el establecimiento de una edad determinante de la extinción de las relaciones laborales supone dar un trato diferente a las personas por razón de edad, cuyo carácter discriminatorio o no dependerá de si carece de fundamento

o se asienta sobre razones lógicas. No es razón bastante la presunción de ineptitud ni la política de protección de la tercera edad, pero sí la política de empleo encaminada al reparto o distribución del trabajo, limitándolo a un grupo de trabajadores que ya han tenido una larga vida activa en favor de otro grupo que no ha disfrutado de tal situación. La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo será, pues, constitucional si con ella se asegura la finalidad perseguida por la política de empleo; o sea, en relación con una situación de paro, si se garantiza que con tal limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, no pudiendo suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo".

Ahora bien, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1993 se señala que la argumentación de la Sentencia recurrida se resume en estimar que la exigencia expuesta en el Fundamento Noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de Julio, que declaró inconstitucional "la Disposición Adicional 5 del Estatuto de los Trabajadores interpretada como Norma que establece la incapacidad para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad", de que "la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo, es decir, en relación con una situación de paro, por lo que no podría suponer en ningún caso una amortización de puestos de trabajo", ha de ser observada plenamente en los Convenios Colectivos que acuerden la Jubilación Forzosa. Y justamente esta vinculación fue estudiada en las Sentencias de esta Sala traídas como contradictorias, y en ellas se hace constar que "el mantenimiento a ultranza de un determinado número de puestos de trabajo, en términos absolutos no es configurador del orden público laboral como lo acredita el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no resulta obligado que el Convenio Colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados. Puede afirmarse que es constitucional el pactar una edad de Jubilación Forzosa en el seno de la negociación colectiva siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de Jubilación del Sistema de la Seguridad Social".

Por tanto, cuando se trata de imponer Jubilaciones Forzosas, por vía de Convenio Colectivo, se ha venido entendiendo que, tal imposición, no resulta contraria a la Constitución, cuando concurren dos notas, en primer lugar que el trabajador acredite las coti-

zaciones necesarias para acceder a la Jubilación y, en segundo lugar, que el cese se realice dentro de un proceso de política de empleo, de modo que no se proceda a la simple amortización del vacante. Ahora bien, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de Febrero de 1988, "en la apreciación de la concurrencia de este último requisito, y frente a la rigidez con la que se examina la concurrencia del primero (existencia de carencia necesaria o no perjuicio en las prestaciones de Jubilación del cesado); la Jurisprudencia está realizando, en general, una interpretación sumamente abierta y flexible". En la misma línea se manifiesta el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en Sentencias como la de 14 de Octubre de 1997.

En consecuencia, no puede vincularse la eficacia del precepto convencional a la previsión de creación de empleo de modo imperativo y exclusivo, pues de lo que se trataría es de que la Jubilación se impusiera sólo si se cumple con el requisito de pasar a la protección de Seguridad Social el trabajador, mediante la correspondiente Pensión de Jubilación.

La situación consolidada de validez de los Pactos de Convenio estableciendo edades de Jubilación Forzosa, se ha visto claramente perturbada por la Derogación, a través de la Disposición Derogatoria del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de Marzo, de la Disposición Adicional Décima de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo, que daba oportuna cobertura a estos pactos de Jubilación Forzosa. Es más, como señaló Efrén Borrajo en su intervención, se tiene ya conocimiento de la existencia de un movimiento sindical encaminado -no sólo a que no se suscriban- por ilegales nuevos pactos, sino con la pretensión de anular los existentes.

Es evidente que, la indicada derogación, ha abierto en la Doctrina, la posibilidad de mantener dos distintas posiciones: a) No es posible fijar en Convenios Colectivos edades para la Jubilación Forzosa y, b) Se puede continuar con los Pactos de Jubilación Forzosa pues, el Legislador, al derogar la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, que le daba cobertura, no lo prohíbe expresamente. Es posible que el decidir, entre ambas posiciones, corresponda a futuras Resoluciones Judiciales.

Lo cierto es que el Legislador estaba obligado a la derogación, pues era consciente que, en el Pacto de Pensiones, se contemplaba la posibi-

lidad de incentivar la continuidad de la relación laboral después de cumplida la edad de Jubilación.

Efectivamente, el 10 de Abril de 2.001, el Presidente Aznar, firmó, con los dirigentes de CEOE-CEPYME y el Líder Sindical de CC.OO., el Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de Protección Social y, en dicho Acuerdo, se mantiene los 65 años como edad mínima para acceder a una Pensión de Jubilación, pero también se pacta que, de forma voluntaria, se podrá prolongar la vida laboral más allá de los 65 años. Al trabajador se le incentiva haciéndose compatible la Pensión con la Prestación por la actividad realizada y cuando se jubile definitivamente tendrá una Pensión superior a la que le hubiera correspondido. A la Empresa se le exonera del pago de cotizaciones.

Es claro, que los compromisos antes relacionados, conducentes a prolongar la edad de Jubilación, son claramente incompatibles con pactos según los cuales se obliga al cese. Esta incompatibilidad deja sin efecto, con carácter formal, las cláusulas de los Convenios actuales con Jubilación Forzosa, pues, en la práctica, cuando se quiere imponer a un trabajador, llegada la edad convenida, el cese y éste, el trabajador, con base en la nueva Normativa, respaldada, además, por la Derogación de la Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, se opongá, difícilmente se va a defender la extinción.

Por otra parte, y como nos recuerda Amparo Esteve Segarra, con anterioridad al Acuerdo de 2.001, con la recomendación Décima del Pacto de Toledo y la Ley 24/1997, de 15 de Julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, Disposición Adicional 26 de la Ley General de Seguridad Social, al desincentivar las Jubilaciones Anticipadas y promover una Jubilación Voluntaria y progresiva, podría pensarse si se estaba ya propiciando la supresión de los Pactos de la Forzosa.

Juan Antonio Sagardoy, Catedrático de Derecho del Trabajo U.C.M., comentando el Pacto de Seguridad Social, nos dice: *"En general, me parece que se ha ejercido, en alto grado, con los contenidos del Pacto el sentido de la responsabilidad. Son contenidos de valor social y que se pueden afrontar económicamente. Por ejemplo, esa de cal y otra de arena, que supone permitir en supuestos de crisis las Jubilaciones Anticipadas, y a la vez, incentivar la prolongación de la vida laboral, me parece un acierto. No olvidemos que los 65 años, como aptos para jubilarse, se fijaron en 1919 y que de entonces*

ahora la edad media de vida se ha prolongado en más de 30 años. Por eso es un contrasentido y una barbaridad expulsar del Mercado de trabajo -como apestados- a los que tienen la mochila de los 55-60 años y sin embargo gran experiencia profesional.

Éste es un asunto del máximo interés y donde hay que echar imaginación y sensatez. Parece irreversible la tendencia a incrementar lo que Ortega y Gasset denominaba tiempos felicitarios, frente a los tiempos laboriosos. Los primeros nos hacen felices y los segundos nos dan el sustento, aunque no el contento. Quizá esa tendencia sea digna de ser impulsada y animada, pero más a nivel voluntario que obligatorio. El pasar la guadaña, en las crisis de Empresa, sólo y exclusivamente por la edad supone un homicidio profesional y productivo. Pero es lo que se lleva. Más por los Sindicatos que por las Empresas, o bien por éstas, por ser lo menos traumático socialmente. Pero sólo los que sufren esa guadaña saben el dolor y el trauma personal que produce".

Por todo ello y en aras del incremento de la sociedad de servicios, de la solución de excedentes laborales y de la satisfacción personal del que desea jubilarse pronto, no hay que poner excesivas trabas a esas Jubilaciones tempranas. Pero a la vez hay que dar vía a los que quieran seguir trabajando. Por no hablar de que, los recursos humanos, que se liberan en esa crisis han de ser devueltos a la sociedad por la inmensa utilidad social que pueden producir.

Coincidiendo con Sagardoy creemos que la incompatibilidad detectada entre una Normativa que incentiva la continuidad laboral y los Pactos de Jubilación Forzosa, al mismo tiempo que también incentiva la Jubilación Anticipada, al conservar la posibilidad de retiro a los 60 años de los que iniciaron la relación laboral antes de 1.967, y añadir, a ella, la Jubilación a los 61 años, cuando hayan sido Despedidos, lleven 6 meses en el paro, estén en el Régimen General de la Seguridad Social y acrediten 30 años de cotización, puede sellarse con acuerdo entre las partes para acordar voluntariamente lo más procedente y partiendo de la base que, según las circunstancias, unas veces, el trabajador puede estar interesado en adelantar su Jubilación, y la Empresa en amortizar, y, en otras, le interese al empleado prolongar la vida laboral, lo que, de pactarse oportunamente, significa la utilización por la Empresa de la experiencia del trabajador y quedar exonerada del pago de cotizaciones.

3.- CESE ANTICIPADO DEL TRABAJADOR Y MEJORA VOLUNTARIA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SU MODALIDAD DE MEJORA DIRECTA DE PRESTACIONES

Berta Valdés de la Vega nos dice que se puede entender por mejora de la acción protectora de la Seguridad Social, la obligación asumida por el empresario -unilateralmente o como resultado de la negociación colectiva- de conceder un beneficio económico a favor de los trabajadores, en la forma y condiciones establecidas en las correspondientes Normas reguladoras.

Las mejoras directas negociadas en Convenios Colectivos han sido muy variadas. Entre ellas, y posiblemente, como la más adecuada, la referida a Jubilación, y como forma más usuales está la de establecer una cantidad económica, a tanto alzado, a percibir por el trabajador que se jubile y otra fórmula, convenida en la negociación colectiva de Empresa, es la de fijar un complemento a cargo del empresario para incrementar, generalmente de forma periódica, la Pensión de la Seguridad Social.

Esta última fórmula de complemento para mejorar la Pensión de la Seguridad Social -de Jubilación, Invalidez, Fallecimiento- se le ha reconocido naturaleza de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad de mejora directa de las prestaciones.

Si conviene destacar como, en la actualidad, la gestión de esta mejora directa reconocidas en el artículo 193 de la Ley General de la Seguridad Social, están afectadas por la Disposición Adicional Primera de la LPFP y, en síntesis, de una parte, de establecerse nuevas medidas complementarias, o de externalizar las ya existentes, en base a cualquier sistema de gestión autorizado, con excepción, del Plan de Pensiones, continuaríamos con unas mejoras directas de prestaciones.

Antes de entrar a examinar el contenido de la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 31 de Enero, conviene concretar, de la forma más resumida posible, a quien puede afectar la indicada Resolución. Lo que se discute -y de ahí deducimos los afectados- es en un Fondo Interno, con Reglamento Aprobado por Acuerdo Selectivo de Empresa, que no tiene naturaleza de Plan de Pensiones sometido a la Ley 8/1981, sino que es una mejora voluntaria de Seguridad Social gestionada por un Fondo Interno, que ocurre en los

supuestos en que la relación laboral de los empleados se extingue por causa distinta a la Jubilación, la Muerte o la Invalidez Permanente (Total, Absoluta y Gran Invalidez) lo que pide la Empresa, que inició el Conflicto, es que el trabajador -en este caso de cese- no tenga ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del Fondo.

Es evidente, por lo expuesto, que la cuestión no afecta a las Empresas que no tenga pactadas mejoras, ni tampoco a las que tengan un Plan de Pensiones, salvo que, estas últimas, hubieran tenido mejoras de este tipo y tuvieran pendiente liquidar, sin prescribir, ceses anteriores, en la situación anterior extinguida, por causas diferentes a la Jubilación o Invalidez.

Es unánime -como nos recuerda la Sentencia de 30 de Octubre de 2.000 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León- la Doctrina Jurisprudencial que ha venido señalando que el plazo de prescripción de las mejoras voluntarias es de 5 años a que se refiere el artículo 43 de la LSS (por todas Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 13 de Julio de 1.998).

En la Revista "Lex-Nova" Marzo-Abril 2001, se dice: *Los Fondos de Pensiones internos son del trabajador (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 2.001), "En el Recurso interpuesto por La Caixa, ésta pretendía que el Tribunal declarase que el régimen de previsión de sus empleados no tiene naturaleza de un Plan de Pensiones sometido a la Ley 8/1987, sino que se trata de una mejora voluntaria de Seguridad Social gestionada por un fondo interno, con la consecuencia de que en los supuestos en que la relación laboral de los empleados se extinga por causas distintas a la Jubilación, Muerte o Invalidez, el trabajador no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de estas contingencias, así como que tampoco le atribuye derechos consolidados a sus prestaciones. El Tribunal ha declarado al respecto que aún siendo un fondo interno (excepción a la exteriorización de Pensiones prevista en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones para las entidades financieras y aseguradoras) ha de aplicársele la Legislación sobre Planes de Pensiones, dado que el acuerdo que aprueba el reglamento de previsión de personal nada dice al respecto sobre su destino; de forma que los empleados de La Caixa tendrán derecho, en todo caso, a rescatar o movilizar sus derechos consolidados o a percibir las prestaciones en las contingencias previstas".*

La Sentencia de la Sala IV que comentamos ha sido objeto de debate, ya que, de una parte,

y como señala Luis Enrique de la Villa, constituye, modificando la Jurisprudencia anterior, una aplicación práctica de la inflexibilidad del sistema privado de protección social, resolviendo sin tener en cuenta lo pactado oportunamente por las partes y, de otra, se trata de una Sentencia a la que formulan Voto Particular los Magistrados Gil Suárez, Iglesias Cabero y Sampedro Corral, al que se adhieren los Magistrados Martínez Garrido, Botana López, Samper Juan y González Peña y, en dicho Voto Particular, como luego veremos, se expresa el desacuerdo de los Magistrados relacionados con los criterios que mantiene la Sentencia dictada conforme al parecer mayoritario de la Sala.

Es evidente que en una Sentencia de estas características, de gran extensión, con un voto particular también de gran extensión, resulta difícil -aunque lo intentaremos- hacer una síntesis que, además, relacione todas las posturas.

Se está de acuerdo, en que el proceso versa sobre el Plan o Régimen de Previsión del Personal de La Caixa, siendo necesario dejar claro, como punto inicial y fundamental de partida en el análisis de toda la problemática que en la litis se plantea, que, este Régimen de Previsión, se configura y estructura como un fondo interno, al que no es de aplicación la Ley 8/1987, de 8 de Junio, sobre Planes y Fondos de Pensiones, ni el Reglamento de éstos aprobado por el RD 1307/1988, de 30 de Septiembre. Precisamente, sobre la naturaleza jurídica del referido Régimen de Previsión del Personal de la Caja de Ahorros demandante, ya se ha pronunciado la Sala en su Sentencia de 6 de Octubre de 1.995, en la que, con respecto al mismo, se afirma: *"No es un Plan de Pensiones de los regulados en la Ley 8/1987, de 8 de Junio, sino un Fondo interno cuya titularidad y patrimonio corresponde a La Caixa, que sirve para garantizar el pago de las prestaciones complementarias establecidas en el Reglamento de 1989 (artículo 1.4). Y por su carácter de fondo interno la dirección y gestión técnico-administrativa corresponde a su titular, que es La Caixa"*.

El Plan o Régimen de Previsión del Personal de La Caixa, del que trata la Sentencia que comentamos, no cumple los presupuestos o exigencias que se requieren para que un sistema de previsión pueda ser calificado como Plan de Pensiones de la Ley 8/1987. La Sentencia reconoce que un examen detenido del *"reglamento del régimen de previsión del personal de La Caixa"* pone de relieve que éste no contiene cláusulas que regulen explícitamente el punto que es objeto de la presente controversia. Qué sucede con los derechos acumulados del partícipe que cesa en la Empresa antes de ser bene-

ficiario (por Jubilación o Invalidez) o de causar beneficios a su fallecimiento (en favor de sobrevivientes) es cuestión sobre la que el autodenominado "plan" de pensiones de La Caixa nada indica de manera expresa.

Con carácter general se afirma en el articulado de dicha regulación que el que cesa en la Empresa deja de ser partícipe. Siendo ello así, si se parte de la base de que las aportaciones del promotor correspondientes a cada uno de los partícipes no generan derechos económicos o derechos de previsión social, sino meras expectativas, se puede llegar a la conclusión, sostenida en la Sentencia de Instancia de la AN, dice el Tribunal Supremo, de que el cese anticipado del partícipe comporta el desvanecimiento de todas sus expectativas de adquisición de derechos en el plan de previsión.

Pero este planteamiento -señala la Sentencia- esta interpretación tiene inconvenientes hermenéuticos insalvables. El principal es que parte de una premisa implícita que no es compatible con varias cláusulas o disposiciones expresas del régimen de previsión de La Caixa, las cuales desempeñan además un papel fundamental en la estructuración del mismo. Decir de un Plan de Pensiones que es de *"prestación definida"* revela la intención de aplicar a sus prestaciones (aunque sean suministradas por un fondo interno) las consecuencias que comporta tal calificación en la Legislación de Planes y Fondos de Pensiones, entre ellas, en lo que concierne a la solución del presente litigio, la de atribuir al partícipe el derecho consolidado *"a la reserva que le corresponde de acuerdo con el sistema actuarial utilizado"* (artículo 8.7 b) Ley 8/1987).

Por otra parte, hablar de irrevocabilidad de las aportaciones del promotor indica también el propósito de desprenderse de ésta de manera definitiva, no pareciendo lógico que el importe de las mismas, respecto de los partícipes que cesaron anticipadamente en la Empresa, pudiera ser compensado, en las sucesivas revisiones del Plan, por las vías indirectas de la pérdida de derechos en curso de adquisición y la desaparición de compromisos de pensiones. En la misma dirección impulsa la cláusula de capitalización individual, expresión que, en el contexto de los regímenes de previsión o de seguro, apunta a la constitución y reserva de un capital para financiar las pensiones futuras de la persona en beneficio de la cual se efectúa la imposición.

Así las cosas -añade la Sentencia- aún siendo interno el fondo que garantiza sus prestaciones, la pérdida de los derechos económicos

o de previsión social de los trabajadores, en los supuestos de cese anticipado, no parece compatible con un plan o régimen de previsión como el de La Caixa. La irrevocabilidad de las aportaciones de la Empresa, su cálculo y asignación en régimen de capitalización individual y el carácter de "prestación definida" del Plan de "previsión" establecido conducen, en suma, a la consecuencia lógica de reconocer a los trabajadores que cesan anticipadamente en la Empresa el derecho a la reserva constituida en su nombre y por su cuenta. Esta solución es, por cierto, señala la Sentencia comentada, la recomendada por la Comunidad Europea para "eliminar los obstáculos a la movilidad de los trabajadores por cuenta ajena" (Recomendación 92/442/CEE). Y en el mismo sentido de reconocer al trabajador derechos de previsión social "en todos los casos de compromisos por pensiones (haya o no obligación de exteriorizarlos)" se ha pronunciado también el Dictamen del Consejo de Estado sobre modificación del Reglamento de compromisos por pensiones (Recopilación de Doctrina Legal, año 1999, p. 1608).

De acuerdo con esta pauta interpretativa, el alcance de la excepción de los fondos internos prevista en la Disposición Adicional 14 Ley 30/1995, se limita en principio a la parte de la Legislación de los Planes y de los Fondos de Pensiones que se refiere a estos últimos (los Fondos) y no a los primeros (los Planes). Partiendo de esta premisa, la excepción de los "Fondos Internos" supone sólo la inaplicación de la Normativa establecida para los Fondos externos en la Ley 8/1987 y Disposiciones complementarias, pero no implica necesariamente la exclusión de los preceptos sobre Planes de Pensiones; máxime en supuestos, como el de la presente causa, en que el régimen de previsión social establecido ha adoptado de manera deliberada y sistemática una terminología que sólo es comprensible en el contexto y con la ayuda de los conceptos acuñados en la referida Normativa de Planes de Pensiones.

Al argumento anterior debe añadirse una razón de equidad. La solución de reconocer derechos de previsión social derivados de la actualización de las contingencias protegidas a los trabajadores que cesan anticipadamente en la prestación de servicios a La Caixa resulta ser la más equitativa en un régimen de indemnización tasada de despido, como el español, que atiende en el cálculo de la misma a la pérdida del puesto de trabajo y no a la eventual privación de derechos sociales como los cuestionados en este proceso.

La Sentencia comentada indica que, en conclusión, de conformidad con el dictamen del

Ministerio Fiscal, debe desestimarse la demanda de La Caixa en la que pedía se declare que "en los supuestos de extinción de la relación laboral entre la Entidad demandante y los partícipes del Régimen de Previsión de Personal por causa distinta de la Jubilación, Muerte, o Invalidez Permanente (Total, Absoluta o Gran Invalidez) del trabajador, éste no tiene ningún derecho de rescate, transferencia o movilización del Fondo constituido para la cobertura de tales contingencias".

En nuestra opinión, señala el voto particular, tal modo de proceder, supone incurrir en contradicción, puesto que los preceptos de la Ley 8/1987 únicamente son aplicables a los Planes y Fondos comprendidos dentro de su ámbito, y por ello, si se concluye que un determinado sistema está fuera de ese ámbito, no puede luego serle aplicado un precepto propio del mismo.

Ante todo se ha de tener en cuenta, como base fundamental de análisis, los preceptos de la Ley 8/1987 y del Reglamento 1307/1988, sólo son aplicables de forma imperativa a los Planes y Fondos que, como se ha dicho, cumplan con exactitud los estrictos requisitos que estas Normas prescriben, no siendo posible su aplicación a otros distintos regímenes o sistemas. Y menos aún cabe tal aplicación cuando se trata de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, que se rigen por su propio título constitutivo, ajeno y distinto de la Normativa Legal antedicha.

Asimismo, se añade en el voto particular, no puede olvidarse que las Empresas que actualmente mantienen compromisos por Pensiones con sus trabajadores, todavía no están obligadas a cumplir los mandatos del n° 1 Disposición Adicional 14, Ley 30/1995, habida cuenta que aún cuando en un primer momento se fijó un "plazo no superior a tres años" desde su entrada en vigor, a fin de exigir tal cumplimiento, ese plazo ha sido prorrogado en varias ocasiones; la última prórroga al mismo ha sido establecida por la Disposición Adicional 25, Ley 14/2000, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que extiende tal prórroga el 16 de Noviembre de 2002.

Por consiguiente, la postura de la Sentencia mayoritaria de imponer hoy en día, sin más, lo que según su interpretación establece el n° 2 de la tan repetida Disposición Adicional 14, Ley 30/1995, sin supeditar la aplicación de este imperativo a ningún plazo, supone hacer de peor condición a las empresas a que ese n° 2 se refiere, que a las comprendidas en el n° 1:

a pesar de que estas últimas son las que tienen que cumplir las obligaciones propias de la regla general que este nº 1 impone, y las primeras están eximidas de cumplir tales obligaciones, por estar incardinadas en la excepción del nº 2. Un tratamiento racional y equitativo de estas especiales situaciones, que entiende que el tan citado nº 2 impone a las entidades comprendidas en él a aplicar los preceptos de la Ley 8/1987, cuando menos algunos de carácter básico, obligaría a que se hubiese aplicado también en relación con ese número el plazo de inexigibilidad que rige en cuanto al nº 1 del que aquél es excepción. Elementales criterios de justicia y equidad, y en cualquier caso de analogía, obligarían a efectuar esa aplicación extensiva del plazo. Y la consecuencia indiscutible que de ello se deriva, sería la inexigibilidad actual de la aplicación de la Ley 8/1987, a las Empresas a que se refiere el nº 2 de la Disposición Adicional 14, lo cual determina claramente la quiebra de la postura que sostiene la Sentencia mayoritaria.

Los razonamientos expuestos hasta ahora - añade el voto particular- ponen en evidencia que no cabe aplicar el Plan o Régimen de Previsión del Personal de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona el artículo 8.7, Ley 8/1987, ni ningún otro de esta Ley. La regulación de este Plan o sistema de previsión se estructura del modo que se consigna en los Fundamentos de Derecho que a continuación se exponen. Este carácter de mejora del Reglamento de Previsión litigioso se reafirma en la propia Sentencia mayoritaria, de la que, respetuosamente, disiente el Voto Particular. Como ha establecido reiterada Jurisprudencia, las mejoras voluntarias se rigen fundamentalmente por los Pactos, Convenios o Reglas que las hayan constituido (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo 1997) y no cabe extender sobre ellas todas las Disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la S.S. o aquéllas que forman parte de otros Planes o Fondos de distinta naturaleza.

Consecuentemente a lo argumentado, no caben lagunas en la esfera de una mejora voluntaria de Seguridad Social. La decisión unilateral del empleador o pacto que contiene la ventaja constituye la *lex privata* definidora de los derechos otorgados o convenidos, de modo que lo no estipulado, ni en su caso otorgado, no existe, ni puede configurar una laguna, a cubrir con instrumentos o elementos ajenos al acto creador de la mejora.

En el supuesto litigioso, la mejora directa únicamente reconoce el derecho a las prestaciones complementarias a quiénes en el

momento del hecho causante sean trabajadores en activo en la Empresa, y solamente, ha otorgado el derecho al rescate, por una prescripción intemporal, a determinados trabajadores, por lo tanto, puede decirse que, conforme al título o reglamento de reconocimiento de la mejora, el derecho litigioso "*no ha nacido*", y, por lo tanto, es inexistente.

En cualquier caso, añade el voto particular, conviene subrayar que, según el Reglamento, el Régimen de Pensiones tiene naturaleza de un plan privado, sistema de empleo y prestación definida, que tiene por objeto generar prestaciones económicas para los beneficiarios y para el caso en que se produzcan las contingencias que en el mismo Reglamento se han previsto (artículo 1). Se financia exclusivamente con las aportaciones del Promotor, que es la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, cuyas aportaciones, una vez efectuadas, no podrán revocarse.

Por consiguiente, no cabe sostener que los trabajadores tengan derechos consolidados o acumulados que se puedan traducir en alguna ventaja al abandonar la Empresa antes de sobrevenir la contingencia protegida.

Hay que admitir que la Doctrina que prevalece en la actualidad, es la que resulta de la Sentencia recurrida, con independencia que ésta sea, como hemos visto, discutible y sea previsible una posterior modificación.

De momento, pues, insistimos, y pese a ser discutible, es la Doctrina de la Sentencia comentada la que procede aplicar, con independencia de otras opiniones y de la contundencia de los argumentos del voto particular.

4.- CONCLUSIONES

Puede señalarse el interés de las Jornadas, en cuanto las materias examinadas han permitido el examen de unas cuestiones de la máxima actualidad.

Por otra parte, hemos examinado, en estas Jornadas, en el contexto de la flexibilidad de la relación laboral, de acuerdo con la Normativa actual, la problemática del Derecho del Trabajo ante la precariedad del empleo, la negociación colectiva, los Despidos Disciplinarios y tecnología, las relaciones de carácter especial, los complementos de Protección Social y el ejercicio flexible de la Jurisdicción Social, cuyo interés es indiscutible.

Santa Cruz de Tenerife, a 23 de Abril de 2.001.