

DICTAMEN A SOLICITUD DE LA PRESIDENTA DE UNESPA, DOÑA PILAR GONZÁLEZ DE FRUTOS, Y DEL PRESIDENTE DE INVERCO, DON ÁNGEL MARTÍNEZ ALDAMA

El cuerpo del Dictamen, razonado en Derecho, que se me solicita, ha de responder a la cuestiones que a continuación se enuncian:

a) Si la incorporación a la Ley, bien sea una Ley específica y mediante modificación de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, de una previsión de obligatoriedad general de que las empresas establezcan sistemas de previsión social podría ser compatible con el artículo 41 de la CE. Y en su caso, con qué cautelas y límites.

b) Si sería posible que la Ley remitiera a la negociación colectiva, sectorial o de otro ámbito, la obligación de desarrollar la previsión social empresarial, pero estableciendo la obligatoriedad de que efectivamente se incorporara y los mínimos que en todo caso debería cumplir.

c) Cualquier otro aspecto relacionado con las anteriores cuestiones que te parezca oportuno desarrollar, advertir o completar”.

SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL EMPRESARIAL, COMPLEMENTARIOS DEL RÉGIMEN PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL, Y RELACIONES LABORALES

I.- PUNTO DE PARTIDA

- 1. PACTO DE TOLEDO 2020 (Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para la reforma del sistema público de las pensiones, de 27 de octubre de 2020, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D núm. 175, 10 noviembre 2020, aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020)**

Recomendación 16: “Sistemas complementarios” (págs. 70-71)

El denominado Pacto de Toledo 2020, sin dejar de proclamar “la centralidad” del sistema público de pensiones basado en un régimen financiero de reparto, recuerda que el artículo 41, segundo inciso, de la Constitución ampara los

sistemas complementarios “de carácter voluntario”, en su doble dimensión de mecanismos de ahorro y de inversión y de complemento, nunca de sustitución, de las pensiones públicas.

Tras constatar que el desarrollo de los sistemas complementarios, a lo largo de más de tres décadas, ha sido “insuficiente e insatisfactorio”, la Comisión parlamentaria vuelve a afirmar la necesidad de “su implantación efectiva” mediante la negociación colectiva. Estima el Congreso de los Diputados que la coyuntura sería ahora favorable -sin tener en cuenta los efectos de la pandemia de la Covid-19-, porque a favor de su implantación efectiva jugarían factores como la recuperación de los salarios y el fortalecimiento de la negociación colectiva. La Comisión “subraya la necesidad de impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones, y que prioritariamente habrán de ser sin ánimo de lucro”.

Enuncia el Informe una serie de criterios o líneas de “delimitación organizativa” de los sistemas complementarios de las pensiones, según su denominación europea: han de basarse en un sistema de aportaciones suficiente, eficaz y duradero, fijado en un porcentaje de la base de contingencias comunes u otros criterios objetivos; han de contar con fórmulas específicas de apoyo a los salarios más bajos o a las carreras profesionales más vulnerables, incorporando la solidaridad en determinadas contingencias; han de organizarse a partir de un esfuerzo de los trabajadores y de las empresas adecuado, proporcional y sostenido en el tiempo; han de cubrir al menos, las contingencias de jubilación, invalidez y fallecimiento, a través de entidades que preferentemente abonen complementos en forma de renta.

Con referencia al Informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en su evaluación de los beneficios fiscales (“*Spending Review 2019/2020*”, julio 2020), la Cámara establece la necesidad de dotar a los planes de pensiones de empleo “de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, mejorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros”.

En cuanto a su funcionamiento, pide el establecimiento de un sistema de comunicación veraz y adecuado con los socios o titulares, cuya participación debe ser periódica; y la necesaria evaluación de los gestores, respecto de sus competencias y de su desempeño en el proceso de generación de los complementos

El tercer pilar, constituido por los planes de pensiones individuales o ahorro individual, demanda una gestión “más transparente”, “de manera que los costes

de administración por las entidades promotoras no comporten rendimientos negativos para los ahorradores". Concluye la Comisión en "la necesidad de regular fórmulas más intensas de protección de los ahorros invertidos en este tipo de sistemas complementarios".

2. ACUERDO DE COALICIÓN PROGRESISTA PSOE-UP, PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA Y PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA: REFORMAS EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE PENSIONES (18 DE ENERO DE 2021).

El Acuerdo de Gobierno de coalición firmado por el PSOE y UNIDAS PODEMOS el 30 de diciembre de 2019 centra la política del Gobierno sobre Seguridad Social en la "Garantía de pensiones dignas a través de la suficiencia y revalorización del sistema *público* de pensiones" (2.4).

En concordancia con el pacto de Gobierno y el "Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española", presentado públicamente por el Gobierno el 7 de octubre de 2020 para la ejecución de 72.000 millones de euros entre los años 2021 y 2023 conforme al el instrumento europeo de recuperación post-pandemia *Next Generation EU*, el documento "Plan de recuperación, transformación y resiliencia: reformas en el ámbito laboral y de pensiones", "resumen para los agentes sociales", fechado el 18 de enero de 2021, explica las "reformas estructurales" proyectadas por el Gobierno de España, un total de veintiséis reformas fundamentalmente legislativas, que ya se han efectuado y se emprenderán en el ámbito laboral y de las pensiones, y que han sido enviadas a la Comisión Europea.

En el ámbito de la Seguridad Social - el punto 2 del documento se denomina: "Reformas para garantizar el poder adquisitivo y la sostenibilidad de las pensiones"-, las reformas de las pensiones públicas se orientan a su sostenibilidad financiera, aunque no únicamente, sino asimismo al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a largo plazo, "preservando su papel en la protección frente a la pobreza y garantizando la equidad intergeneracional", de acuerdo con el consenso parlamentario representado por el Pacto de Toledo y "con las recomendaciones específicas de país del semestre europeo", contenidas en la Recomendación del Consejo de 20 de julio de 2020 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2020 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad para 2020 de España 2020/C 282/09 (DOUE C-282/54, 26 de agosto de 2020).

Con ese punto de partida las nueve reformas programadas sobre Seguridad Social se desenvuelven en torno al cumplimiento de los objetivos de eliminación del déficit del sistema de Seguridad Social (mediante la separación de sus fuentes de financiación, sin incidencia en el incremento de las cotizaciones y del

desempleo, y modificación del sistema de cotización de los trabajadores autónomos sobre ingresos efectivos), de supresión y sustitución del índice de revalorización de las pensiones públicas y del factor de sostenibilidad de la reforma legal de 2013 por una continuación de los ajustes paramétricos introducidos por la reforma legal de 2011 (incentivando la elevación de la edad de jubilación efectiva a la legal y acordando un factor de sostenibilidad que incorpore el objetivo de equidad intergeneracional en el acceso a las pensiones), y de desarrollo efectivo de los sistemas complementarios de pensiones de ámbito empresarial y profesional a través de la negociación colectiva sectorial y mediante incentivos fiscales.

Este último objetivo reformador, “de revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones”, precisa de un nuevo marco regulatorio. El documento gubernamental concreta su cumplimiento mediante “la aprobación de un nuevo marco jurídico que impulse la promoción de planes de pensiones de empleo mediante la creación de un fondo de promoción pública de libre adscripción que permita dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de empleo en sus empresas o autónomos, o integrar en planes de pensiones de empleo que así lo decidan”.

El documento gubernamental comparte el negativo análisis de la AIReF sobre el actual sistema de previsión social complementaria, sostenido en “incentivos fiscales a los planes de pensiones privados”, que ha favorecido un desarrollo de los planes individuales de beneficiarios con las rentas mas altas, por lo que no ha incentivado el ahorro, y es “ineficaz”, “ineficiente”, “regresivo”. En su lugar el “Plan de recuperación, transformación y resiliencia...” opta por el desarrollo de sistemas de previsión voluntaria de empresa, que lleguen a todos los trabajadores, también de las PYMES, a través de “nuevos mecanismos *voluntarios*”, basados en la negociación colectiva preferentemente sectorial, que estimulen el ahorro y la inversión, y “la movilidad laboral de sus beneficiarios”.

El nuevo marco regulatorio ha de permitir, en consecuencia, promover la extensión de los sistemas voluntarios de previsión empresarial a través de la negociación colectiva, traspasar los derechos por las aportaciones realizadas en la empresa de origen para facilitar la movilidad de los trabajadores, y trasladar los beneficios fiscales desde los planes de pensiones individuales a los del sistema de empleo concertados a través de la negociación colectiva.

Este Dictamen analizará este objetivo político gubernamental en el marco de la Constitución, en concreto de su artículo 41, último inciso, y de acuerdo con el Pacto de Toledo y su voluntad explícita de alcanzar la “implantación efectiva” y extensión de los sistemas complementarios empresariales de pensiones mediante la negociación colectiva (segundo pilar de las pensiones). El análisis ha de descender, siempre que sea necesario, al marco legal regulador para, en

su caso, abrir caminos posibles a la acción legislativa que haya de articularse en políticas dirigidas a los fines señalados.

Previamente, el punto 1 del “Plan de recuperación, transformación y resiliencia...” presenta las reformas previstas por el Gobierno para lograr “un mercado laboral dinámico, resiliente e inclusivo”. La séptima reforma propuesta se refiere a la “modernización de la negociación colectiva” y tiene como objetivo “adaptar la negociación colectiva a las necesidades de empresas y sectores, para vertebrar un sistema de relaciones laborales equilibrado a nivel nacional”. Se prevé que las medidas reformadoras para alcanzarlo actúen sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos, la relación entre convenios sectoriales y de empresa, los mecanismos de consulta y negociación en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el refuerzo de la representatividad de las partes negociadoras y la seguridad jurídica en su aplicación. Esto es, el documento gubernamental anuncia una reforma del título III del Estatuto de los Trabajadores, que incidirá sobre reforma laboral de 2012 del Gobierno del Partido Popular, cuya derogación está comprometida en el Pacto de Gobierno PSOE-Unidas Podemos (“Un nuevo acuerdo para España”, 1.3). No obstante, la reforma legal del marco regulador de la negociación colectiva, “elemento de reequilibrio necesario” del modelo laboral y del nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI (1.2), irá mas allá para alcanzar cuestiones igualmente esenciales como la garantía de la representatividad de los negociadores de convenios colectivos de eficacia general y de la seguridad jurídica en la aplicación de los convenios colectivos negociados en el marco del objetivo de modernización y vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado a nivel nacional.

Este Dictamen se inserta también, naturalmente, en este objetivo reformador, pues la extensión de los sistemas complementarios empresariales de pensiones, precisada de convenios colectivos estatutarios sectoriales, contribuirá a enriquecer los contenidos de la negociación colectiva, a fortalecer su nivel sectorial y, consiguientemente, las funciones de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, y a reequilibrar la estructura de la negociación colectiva. La intensidad y extensión de la protección que esos sistemas complementarios brinden a las personas trabajadoras no son aquí valores contrapuestos, y el apoyo para su extensión a los trabajadores de las PYMES, con trayectorias profesionales irregulares y mas vulnerables, menores salarios y menor capacidad de ahorro, ha de sustentarse en la negociación colectiva.

Es manifiesta en el documento referido la voluntad política del Gobierno de canalizar las reformas legislativas a través del diálogo social para buscar su legitimación política a partir del acuerdo social.

En síntesis, el análisis jurídico que llevará a cabo este Dictamen se basará en las determinaciones de los artículos 41, último inciso, y 37.1 de la Constitución, en interacción con las normas legales vigentes, para responder a las cuestiones solicitadas y proponer reformas legislativas a fin de alcanzar los objetivos reformadores perseguidos por el Pacto de Toledo y por el Gobierno.

Hago aquí la observación de que el contenido de este Dictamen se limita a las empresas y a los trabajadores sujetos al Derecho del trabajo, al construir parte esencial de su reflexión sobre el derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios reconocido en el artículo 37.1 de la CE, que, en el entendimiento de la jurisprudencia constitucional, no alcanza a los funcionarios públicos (STC 57/1982), ni siquiera a través del derecho fundamental de libertad sindical de los sindicatos en su vertiente funcional, ubicándose el derecho de los sindicatos de funcionarios públicos a la negociación colectiva en la ley, esto es, en el denominado “contenido adicional” de la libertad sindical (SSTC 80/2000 y 222/2005). Con todo, no estará de mas recordar que, en el ámbito de la función pública, la determinación del régimen al que han de someterse las Administraciones públicas en el proceso de creación de los “planes de Previsión Social Complementaria” en beneficio del personal a su servicio es una de las materias de obligado sometimiento a la negociación colectiva propia de los funcionarios públicos, según resulta de lo previsto en el artículo 37.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en relación con la disposición final segunda del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (STC 139/2005). De este modo, la que acaba de hacerse y otras invocaciones o consideraciones que pudieran referirse a los funcionarios públicos o, si fuese necesario, a los trabajadores autónomos, y a sus regímenes jurídicos propios, serán únicamente *ex abundantia*.

II.- EL ARTÍCULO 41 DE LA CONSTITUCIÓN, ÚLTIMO INCISO

“La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

1. DEBATE CONSTITUYENTE

Sin referencia en el *Anteproyecto de Constitución* (BOCG, num. 44, de 5 de enero de 1978), el último inciso del artículo 41 de la Constitución arriba transcrito aparece por vez primera en el *Informe de la Ponencia* (BOCG, núm. 82, de 17 de abril de 1978) y se mantuvo sin variación (aunque sí de ubicación numérica del precepto sobre Seguridad Social, régimen público de Seguridad Social) hasta el texto constitucional definitivo.

La norma constitucional proyectada por la Ponencia fue enmendada y discutida la enmienda en el *Pleno del Congreso*: “Si bien se mira, es una declaración perfectamente superflua; si se quitara del precepto no pasaría nada, ya que la Constitución no necesita decir que podrán concertarse libremente prestaciones sanitarias o de otro tipo para complementar las que determine la Seguridad Social. Con independencia de que sea superfluo este último inciso y que, incluso, desde un punto de vista técnico-jurídico, hubiera que suprimirlo, creo que es conveniente consignar una declaración de protección para las distintas formas de lo que podríamos llamar Seguridad Social complementaria. Se seguiría así una tradición jurídica en nuestro país, a cuyo amparo se han constituido centenares de mutualidades de previsión voluntarias (De la Fuente y De la Fuente, Alianza Popular: *BOCG*, num. 108, 12 de julio de 1978, pág. 4144).

La contestación a la defensa de la enmienda de Alianza Popular vino del diputado De Vicente Martín, del Grupo Socialista del Congreso, que argumentó que el texto “simplemente proclama la libertad de previsión complementaria”; y se opuso a que esta forma de previsión se estimulase o protegiese, pues, en tal caso, en su opinión, “nos encontraríamos ante un proceso de despublicación de la gestión de la Seguridad Social, o, dicho de otra forma, de reprivatización de la misma, teoría o línea de conducta que entendemos no es compatible con la evolución histórica de la Seguridad Social en estos momentos, ni siquiera con lo que ocurre en este país”. La suficiencia de las prestaciones públicas “lleva a proponer una mecánica complementaria que entendemos debe ser libre, correctamente, pero que jamás debe tener un estímulo estatal. Para nosotros la Seguridad Social complementaria es un segundo escalón, es, por así decirlo, un lujo; un lujo que se apoya en la existencia previa de prestaciones suficientes, que han de ser gestionadas por el Estado, que han de tener una financiación diferenciada, según se trate del nivel básico o del nivel complementario, pero que, en todo caso, la Seguridad Social complementaria sea algo innecesario, algo en lo que los ciudadanos no se vean obligados a entrar como consecuencia de las insuficiencias del régimen de la Seguridad Social” (*ibid.*, pág. 4147).

La enmienda popular no prosperó. Su votación en el Pleno del Congreso arrojó el resultado de 264 votos emitidos, de los cuales 242 fueron contrarios, 16 favorables y 6 abstenciones. El texto definitivo del artículo 37 del proyecto de Constitución fue refrendado por 249 votos de un total de 262 emitidos, con un voto en contra y 12 abstenciones (*ibid.*, págs. 4141-4148).

2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (Y CON LA EXPERIENCIA LEGAL ESPAÑOLA Y EUROPEA)

El artículo 41, último inciso, de la Constitución no encomienda al Estado la promoción de la asistencia y de las prestaciones complementarias, que son

libres, pero, naturalmente y pese al debate constituyente como elemento de interpretación “historicista” que expresa un entendimiento de aquel momento -de hace más de cuarenta años- de lo que la Seguridad Social sea, no la impide. Es necesario partir de la posición sustancial de la ley, expresión de la voluntad popular, como instrumento de ordenación social en el ordenamiento constitucional, que asegura la libertad e igualdad de los derechos de los ciudadanos y la realización de los “principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III del Título I y art. 53 de la Constitución). La idea democrática es indisoluble de la ley, y a ésta compete el desarrollo de los principios constitucionales sociales y económicos, debiendo hacerlo, en el caso del último inciso del artículo 41, precisamente para garantizar el principio general de libertad de la asistencia y prestaciones complementarias del régimen público de Seguridad Social y los demás valores y derechos constitucionales, entre ellos destacadamente la igualdad.

1.1. La voluntariedad como rasgo constitucional definitorio de las prestaciones complementarias libres

La doctrina científica ha señalado que en el último inciso del artículo 41 de la Constitución se reside “la garantía de un espacio para una Seguridad Social complementaria no obligatoria, ni necesariamente pública” (J. Mercader Uguina, “Artículo 41”, en M. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Conmemoración del XL aniversario de la Constitución, Fundación Wolters Kluwer, BOE, Tribunal Constitucional, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, tomo I, pág. 1317).

Ciertamente, en el último inciso de su artículo 41 la Constitución reserva un lugar para las prestaciones complementarias del régimen público de la Seguridad Social, que, a diferencia de aquél, han de ser “libres”, y a las que el Tribunal Constitucional ha retirado la condición y el calificativo de “Seguridad Social”, reservándoles, como conjunto prestacional, los de “previsión social” o de “previsión complementaria”.

Este último pasaje del artículo 41 se integra en el entero precepto constitucional. Sin embargo, el precepto constitucional *separa* necesariamente el régimen público de Seguridad Social, una “función del Estado” que ha dejado atrás la lógica del seguro privado y que el Estado ha de mantener “para todos los ciudadanos” para garantizarles “asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo” (inciso primero), de las “prestaciones complementarias [...] libres” (STC 208/1988, de 10 de noviembre, FJ 3).

Es sabido que la Constitución no consagra un único modelo de Seguridad Social, sino la garantía institucional del sistema público de Seguridad Social

“para todos los ciudadanos”, configurado como un régimen legal ajeno al concierto de voluntades, y la "suficiencia" de sus prestaciones obligatorias ante situaciones de necesidad, suficiencia que también se predica específicamente de las pensiones en el artículo 50 de la Constitución, cuya preservación por el legislador es “indispensable para asegurar los principios constitucionales”, y que ha sido interpretado por numerosa jurisprudencia constitucional (SSTC 65/1987, FJ 17; 134/1997; 97/1990; 100/1990; 37/1994, FJ 4; 197/2003, FJ 3; 78/2004, FJ 3; 128/2009, FJ 4; 84/2015, FJ 7; 95/201; 91/2019, FJ 5..., y las allí citadas).

En efecto, es mas abundante la jurisprudencia constitucional sobre el régimen público de Seguridad Social, como garantía institucional, y sus principios estructurales, que sobre sus posibles prestaciones complementarias y su principio general de libertad, y, sobre éstas, esa jurisprudencia ha tenido un marcado carácter competencial, de deslinde de los títulos de intervención del Estado y de las Comunidades Autónomas en la creación y regulación de sus variedades institucionales, a partir de la conceptualización por el Tribunal Constitucional del artículo 41 de la Constitución como un precepto neutro respecto de la distribución de competencias, con la natural consecuencia de que los criterios competenciales, habilitantes de la intervención estatal y autonómica, han de buscarse en el título VIII de la Constitución. No obstante, de la jurisprudencia constitucional pueden deducirse las notas configuradoras de la identificación constitucional de las prestaciones complementarias libres, que el legislador ha de respetar.

Ante todo, esas prestaciones complementarias, vinculadas al principio de libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (arts. 1.1 y 10.1 CE), no están prohibidas ni pueden estarlo por el legislador, que ha de encauzar ese principio general de libertad personal. La libertad de las prestaciones complementarias va más allá del principio general de libertad que se deduce del artículo 10 de la CE, al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, y que el Tribunal Constitucional cifra en la realización personal de las actividades no prohibidas (SSTC 83/1994, FJ 3; 113/1994, FJ 11; 107/1996, FJ 9...; 132/1029, FJ 6). La libertad de las prestaciones complementarias del régimen público de Seguridad Social demanda su reconocimiento, respeto y protección por el legislador y los poderes públicos (art. 53.3 CE).

En la dimensión concreta del principio de libertad, obtenida de la práctica del Tribunal Constitucional, las prestaciones complementarias libres, a diferencia del “régimen público de Seguridad Social”, de estricta configuración legal, “se basan en la lógica contractual privada, son financiadas con fondos privados y a cargo de los beneficiarios” (STC 208/1988, FJ 3). La fuente de su creación y de la extensión y características de su acción tutelar se residencia, pues, en la autonomía de la voluntad.

Ese origen en la autonomía privada de esas prestaciones complementarias no solo es expresión de su libertad, sino de su *separación* de la Seguridad Social hasta el punto, según la jurisprudencia constitucional, de convertir esas prestaciones complementarias en instituciones alejadas conceptual y estructuralmente de la noción constitucional de Seguridad Social, derivada del propio sistema legal español, del Derecho comparado y de la normativa internacional. Valga por todas la cita de la STC 206/1997, de 27 de noviembre, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. Dijo el Tribunal a propósito de la adscripción material de los planes de pensiones, incluidos naturalmente los del sistema de empleo, a efectos de la aplicación de las reglas constitucionales de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas del artículo 149.1 CE: “[...] conviene recordar que, sobre todo en el plano internacional, resulta claro que la noción "Seguridad Social" no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad. La evolución del propio sistema español de Seguridad Social, los parámetros del Derecho comparado y, muy especialmente, los compromisos asumidos por España en la materia (cuyo valor interpretativo es claro, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E. y de la consagración de la tutela frente a riesgos sociales como un derecho humano) muestran cómo resulta un factor estructural, integrante mismo de la institución Seguridad Social, el diseño legal imperativo de la acción protectora garantizada, de tal suerte que queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos. Cuando la voluntad privada resulta determinante sobre los factores aludidos, sin salir del ámbito genérico de la "protección social", sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social. No otras son las consecuencias que se deducen del fundamental art. 1 del Reglamento CEE 1248/92, del Consejo, y del Convenio 102 O.I.T” (FJ 5).

La STC 206/1997 rechazó que el área material propia de los planes de pensiones, incluidos los del sistema de empleo, coincidiese con la Seguridad Social ni con “la previsión social”, identificada con el mutualismo (FJ 6), lo que reiteró la STC 239/2002, de 11 de diciembre (FJ 4). Quien suscribe este Dictamen no está de acuerdo con esa categorización, y sí, en cambio, con el voto particular del Magistrado Pedro Cruz Villalón a la mencionada sentencia, que, aceptando que los planes de pensiones, que no son contratos de seguro típicos al faltar el asegurador, no se incluyen en el “mutualismo”, razonó que los del sistema de empleo constituyen una forma de “previsión social”, y no únicamente instrumentos de ahorro o de previsión complementaria o voluntaria, en el caso de que esa materia -la “previsión social”- existiera en la Constitución a efectos del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades

Autónomas. La distinción conceptual/material entre planes de pensiones y previsión social se perderá en la jurisprudencia constitucional posterior, y la Ley del Parlamento Vasco 5/2012, sobre entidades de previsión social voluntaria, a la que después me referiré, los denominará “planes de previsión social”. Esa institución, y los planes de previsión social empresariales, fue acogida por el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores y planes de pensiones y mutualidades de previsión social constituidos en favor de personas con discapacidad), la Ley 2/2011, de 4 de marzo (movilizaciones entre planes de pensiones, planes de previsión asegurados y planes de previsión social empresarial), la Ley 1/2013, de 14 de mayo (disponibilidad de los planes de pensiones en caso de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual) la Ley 26/2014, de 27 de noviembre (disposición anticipada de los derechos económicos en los sistemas de previsión social complementaria análogos a los planes de pensiones y disposición anticipada y movilizaciones de derechos consolidados correspondientes a aportaciones realizadas a planes de pensiones y sistemas de previsión social complementarios análogos con anterioridad a 1 de enero de 2016), y el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto (contratos de seguro que instrumentan compromisos por pensiones de jubilación, distintos de los planes de previsión social empresarial). Sea como fuere, lo importante es resaltar que su nota principal es su voluntariedad.

De la referida STC 239/2002, aunque dictada sobre la constitucionalidad de ayudas económicas autonómicas complementarias y extraordinarias en favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas, se deduce igualmente que los regímenes complementarios voluntarios son “de carácter privado” y se dirigen a grupos de población y a prestaciones a los que alcanza el sistema de Seguridad Social, aunque no exclusivamente, por lo que podrían no ser ni subjetiva ni materialmente *complementarios* (“la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social [...] difícilmente puede ser determinante o concluyente del deslinde competencial” entre la Seguridad Social y el “mutualismo no incluido en la Seguridad Social” o los “fondos y planes de pensiones”: FJ 6), si bien también pueden ser complementarios. En cualquier caso, carecería de sentido constitucional entender que la exigencia constitucional de libertad del art. 41 CE solo rige ante la existencia de complementariedad subjetiva y material. Las prestaciones complementarias, en el contexto del artículo 41 CE, son prestaciones no obligatorias en cuya configuración es determinante la voluntad privada, correspondiendo a esa voluntad privada la decisión de la complementariedad o autonomía de las prestaciones que puedan percibirse en relación con las obligatorias de la Seguridad Social. En todo caso, esas prestaciones, procedentes de la autonomía de la voluntad, son ajenas a la Seguridad Social. El legislador estatal de 1987 calificó los planes de pensiones de “modalidad de ahorro” de origen contractual

mediante el establecimiento de “instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado pueden o no ser complemento del preceptivo sistema de la Seguridad Social obligatoria” (exposición de motivos).

La jurisprudencia constitucional ha identificado en la institución de los planes de pensiones la finalidad de “establecer un instrumento de ahorro que puede cumplir una importante función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social” (SSTC 88/2009, de 20 de abril FJ 2; 128/2010, de 29 de noviembre, FJ 3). Los planes de pensiones cumplen la “doble función económica y social” de “complementar el nivel obligatorio y público de protección social y [...] de favorecer la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros” (STC 88/2009, FJ 2). Esa función complementaria no exige la identidad entre las situaciones de necesidad y las prestaciones del régimen público de seguridad social y las contingencias y prestaciones de los planes de pensiones. El entendimiento de la complementariedad no es estricto, sino amplio, en la medida en que esas prestaciones, aunque sean de configuración distinta a las establecidas en el régimen público de seguridad social, de configuración legal, de alguna manera, funcionalmente, complementan estas últimas.

En suma, en los sistemas de previsión complementarios “prima la voluntariedad de los sujetos intervinientes” sobre su diseño tutelar y la participación en ellos a efectos de recibir prestaciones privadas (SSTC 206/1997, FJ 6; 90/2009, FJ 4). La libertad radica entonces en que la organización de los regímenes de asistencia y prestaciones complementarias del régimen público de seguridad social obligatorio es voluntaria, “por entender que están regidas por las condiciones libremente aceptadas” por quienes las reciben (STC 6/1994, FJ 3).

Es patente que el carácter privado y voluntario de los sistemas de prestaciones complementarias libres no impide su promoción, control y supervisión públicas, ni el establecimiento de un sistema público de incentivos y garantías. No obstaculiza ese carácter privado la proyectada creación por el Gobierno de un fondo de promoción pública de libre adscripción que permita dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de empleo en sus empresas o a autónomos, o integrar planes de pensiones de empleo que así lo decidan. Naturalmente, su carácter privado no veda su constitución y financiación por Administraciones públicas, entidades y empresas públicas. En este último ámbito, el artículo 29 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público dispone: “Las Administraciones Públicas podrán destinar cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal

incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones. Las cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguros tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida” pública, del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Entre esos sistemas de previsión, de los que resultan esas prestaciones complementarias o autónomas que han de ser libres por mandato constitucional, el Tribunal Constitucional ha situado, de manera no agotadora pues su jurisdicción es rogada, a:

1. Las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social gestionadas directamente por los empleadores, privados o públicos, adscritas a la materia de Seguridad Social (art. 149.1.17ª CE): SSTC 2/1983; 143/1987; 206/1997; 135/2000; 66/2015; 104/2015, FJ 11.
2. Las mutualidades “no integradas en la Seguridad Social” o “mutualismo libre” o mutualidades “de previsión social” y las sociedades cooperativas y mutuas de seguros, cuya finalidad es arbitrar sistemas de mejoras voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social, materialmente incardinadas en las competencias estatutarias autonómicas, exclusivas sobre mutualismo no integrado en la Seguridad Social, y, en cuanto a las competencias del Estado, respecto de su actividad aseguradora en la ordenación básica de los seguros y de bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.11ª y 13ª CE): SSTC 86/1989; 35/1992; 36/1992; 220/1992; 237/1992; 173/2005; 215/2021; 97/2014.
3. Los planes y fondos de pensiones, y en concreto los planes de pensiones del sistema de empleo, correspondientes a las competencias del Estado sobre la “legislación mercantil” y “bases de la ordenación de [...] banca y seguros” (art. 149.1. 6ª y 11ª; además de la incidencia de otras competencias estatales: art. 149.1.13ª y 14ª), legalmente establecidos con la finalidad de potenciar la previsión voluntaria de carácter privado mediante el ahorro: SSTC 206/1997; 66/1998; 104/2004; 139/2005; 88/2009; 90/2009; 128/2010; 97/2014; 143/2015; 215/2015; 43/2017.
4. Los contratos de seguro, y los contratos de seguro colectivos, que instrumentan compromisos por pensiones a través de planes de previsión social empresarial o de otros instrumentos, sin perjuicio de la actividad aseguradora de cooperativas, mutuas y mutualidades, que, obviamente, sirven al fin de establecer prestaciones complementarias libres, y se adscriben específicamente a las competencias estatales del artículo

149.1.11^a: SSTC 135/2000; 139/2005; 19/2012; 143/2015; 215/2015; 43/2017.

Dentro del sistema público de Seguridad Social se asienta la regulación de las “mejoras voluntarias” (artículos 43 y 238-241 de la LGSS y la viejísima OM de 28 de diciembre de 1966), en su doble modalidad de mejoras directas de prestaciones por las empresas -únicas practicadas- y por establecimiento de tipos de cotización adicionales. Como mejoras voluntarias de “Seguridad Social” su regulación es restrictiva. De ahí que el art. 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social determine, para todo el sistema de Seguridad Social, que: “La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales”. Su apdo. 2 cierra el sistema voluntario de Seguridad Social: “Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el apartado anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”. Su carácter de régimen público de configuración legal lo impide.

En la regulación legal de las “mejoras voluntarias” de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social permanecen rasgos residuales jurídico-públicos en desuso. La implantación de mejoras directas de las prestaciones del régimen general por las empresas exige que sean costeadas a su cargo exclusivo, pudiendo establecerse aportaciones económicas por los trabajadores *previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Economía Social* y siempre que se faculte a los trabajadores para acogerse o no, individual y voluntariamente, a dichas mejoras. En cuanto a su gestión cabe la directa por las propias empresas o a través de la *Administración de la Seguridad Social*, por fundaciones laborales, por montepíos y mutualidades de previsión social o por entidades aseguradoras de cualquier clase (artículos 239 y 240 de la LGSS). A esa regulación se remiten las de los regímenes especiales de la Seguridad Social para la minería del carbón (Decreto 298/1973, de 8 de febrero, art. 6) y de los trabajadores del mar (Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, art. 15)

Las mejoras directas de prestaciones, consistentes en compromisos empresariales por pensiones han de ser exteriorizadas o externalizadas a través de los instrumentos jurídicos laboriosa y sucesivamente dispuestos a tal fin por el legislador para garantizar esos compromisos contraídos por las empresas con sus trabajadores frente a la insolvencia empresarial en cumplimiento del artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, como los contratos de seguro, planes de previsión social empresarial y planes de pensiones, externos a la Seguridad Social, incardinados en las materias constitucionales vistas, que no integran la Seguridad Social (disposición

adicional primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones).

El Tribunal Constitucional distinguió, como no podía ser de otra manera en atención a la regulación legal, la naturaleza de esas mejoras directas de prestaciones, a la vista de la “no del todo apropiada, pero expresiva equiparación de su régimen con el de las prestaciones de Seguridad Social” -de modo que “una vez establecidas de acuerdo con lo que en la presente Orden se dispone, se entenderá que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social- efectuada por la Orden Ministerial 28 diciembre 1966 (art. 1.3), de “los instrumentos técnicos para hacerlas posibles”, como los planes de pensiones, dotados de un régimen propio, específico y autosuficiente en su regulación mercantil propia (STC 206/1997, FJ 5).

De este modo, la práctica del Tribunal Constitucional, no obstante la jurisprudencia “pacífica” que acompañó a las previsiones de la Orden Ministerial de 1966, ha considerado esas “prestaciones complementarias” (art. 41 CE) de los planes de pensiones del sistema de empleo “un instrumento de retribución diferida” (STC 206/1997, FJ 7); como las de las mutualidades no integradas en la Seguridad Social, cuyas prestaciones son “complementarias o sustitutorias de las retribuciones de los trabajadores”, lo que refleja “su vinculación a la política de personal” (STC 237/1992, FJ 5); para los funcionarios públicos, “una suerte de retribución” sobre la que “no es preciso emprender un examen exhaustivo de [su] naturaleza jurídica” (STC 139/2005, , FJ 7; y STC 25/2020, FJ 4).

1.2. La legitimidad constitucional de su estímulo por el legislador

Nada de lo expuesto empuja el establecimiento de un marco institucional o regulador y de promoción activa por el Estado a través de la ley de esos sistemas de previsión de la que resulte no sólo el encauzamiento del principio de libertad como principio de voluntariedad, sino, además, que la garantía de la existencia de prestaciones complementarias libres sea real y efectiva.

El principio de libertad de las prestaciones complementarias no demanda únicamente de los poderes públicos que no entorpezcan su desarrollo. La acción del legislador no queda ahí; ha de reconocer y proteger positivamente esa libertad para hacerla efectiva en condiciones de igualdad y puede comprometerse en su desarrollo para alcanzar fines constitucionalmente legítimos, los que, en este momento, cuentan con el respaldo parlamentario mayoritario del denominado Pacto de Toledo, a los que han de añadirse los objetivos reformadores del Gobierno, coincidentes con aquéllos, que abogan por impulsar y desarrollar efectivamente los sistemas de previsión social empresariales mediante el fortalecimiento de la negociación colectiva preferentemente sectorial. La política legislativa puede desarrollar positivamente

esa libertad, que no es meramente negativa. “La asistencia y prestaciones complementarias serán libres” no es una cláusula general, sino un precepto constitucional que enuncia un principio rector de la política social y económica con un sentido preceptivo que obliga a los poderes públicos y con el que se pone de manifiesto el carácter normativo de la Constitución.

Las prestaciones complementarias no serán libres si la autonomía de la voluntad no puede cumplir su función de asegurar eficazmente un nivel de cobertura de las necesidades sociales que satisfaga la decisión libre de ahorro e inversión para un futuro económicamente más sostenible de quienes deseen acogerse a esas prestaciones complementarias, y el acceso y disfrute en igualdad de condiciones de todos los trabajadores. Para ello las prestaciones complementarias precisan de un nuevo marco legal que reconozca su función complementaria de la protección del sistema de Seguridad Social, las dote de estabilidad y seguridad jurídica- valor constitucionalmente protegido en el art. 9.3 CE- en unas relaciones de trabajo inestables y de solvencia en el sistema económico y financiero.

La ley está constitucionalmente habilitada para promover el desarrollo y establecimiento de sistemas de previsión que hagan posible esas prestaciones complementarias libres, y para hacerlo en el marco sectorial y empresarial, de modo que esas prestaciones complementarias cubran las necesidades de protección de colectivos de trabajadores.

La interpretación anotada constituye la interpretación contextualizada o evolutiva- frente al debate constituyente- del precepto constitucional que, como ha podido comprobarse, confirman los pronunciamientos del Tribunal Constitucional citados, que han confirmado la constitucionalidad del recurso por el legislador a técnicas de fomento -incentivos fiscales- de instituciones como los planes de pensiones (STC 207/1997, FJ 6), y su doctrina general sobre la libertad de configuración del legislador democrático, en el seno del pluralismo político que la Constitución consagra como valor superior del ordenamiento jurídico para alcanzar determinados y legítimos objetivos políticos del Estado social y democrático de derecho (art. 1.1): entre ellos, hacer operativos, a través de una regulación técnicamente adecuada y económicamente atractiva, los sistemas complementarios voluntarios empresariales de previsión para que esa complementariedad prestacional sea realmente libre, teniendo en cuenta a las PYMES y a los trabajadores mas vulnerables, en los particulares objetivos sociales del Pacto de Toledo y del Gobierno que han quedado expuestos.

El Tribunal Constitucional ha reconocido un amplio margen de libertad al legislador en relación con prestaciones del régimen público de Seguridad Social, que tiene fundamento constitucional en el artículo 41 CE en atención a circunstancias económicas y sociales “que son imperativas para la propia

viabilidad y eficacia de aquél” [STC 91/2019, FJ 5.c)]. Si en el caso de la Seguridad Social, esa libertad del legislador estatal (art. 149.1.17ª CE) tiene como límite infranqueable la preservación de su carácter público y de los rasgos estructurales y técnicos definitorios para el cumplimiento de los fines propios de los sistemas de Seguridad Social, en el caso de las prestaciones complementarias el límite infranqueable del legislador radica en la libertad de establecimiento de esas prestaciones complementarias producto de la autonomía de la voluntad, en su voluntariedad. Son límites infranqueables a la libertad de los legisladores en el marco del artículo 41 de la Constitución los restantes principios constitucionales, y destacadamente, en la jurisprudencia constitucional, los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

El legislador puede marcarse legítimamente el objetivo político-constitucional de cubrir el espacio normativo que deja libre el artículo 41, último inciso, de la Constitución y de hacerlo para establecer sistemas complementarios empresariales de pensiones efectivos, ante su fracaso en los años de vigencia de la Constitución, dando cumplimiento a las recomendaciones del Pacto de Toledo y garantizando la libertad de acogimiento a esos sistemas de sus partícipes y beneficiarios en condiciones de igualdad, sin desigualdades arbitrarias ni discriminaciones.

Hemos de preguntarnos si, además, de los establecidos existen otros límites constitucionales a la libertad del legislador democrático para realizar una tarea de fomento de los sistemas de previsión social voluntaria de ámbito empresarial. Y, esto es lo que aquí importa, si, en concreto, esos límites, aunque fuesen tendenciales, pueden venir del régimen público de Seguridad Social y de la suficiencia – de la excesiva suficiencia de la tasa de sustitución o reemplazo de las pensiones o de su falta de suficiencia en su consideración colectiva o conjunta ante la jubilación de la cohorte del *baby boom* y el incremento de la longevidad de la población española, mas precisamente- de sus prestaciones, y en concreto, de las pensiones, de modo que hasta que ese objetivo resultara colmado para todos no podría el legislador fomentar las prestaciones complementarias libres para colectivos “privilegiados”, en ámbitos sectoriales o empresariales, por tener una relación contractual de trabajo de carácter estable (o funcional o estatutaria o societaria) en la abultada estructura irregular del mercado de trabajo español y, en su caso, capacidad económica bastante para costearse un mayor nivel de protección.

No hay en la Constitución, como se sabe, preceptos contradictorios -sí, elementos de tensión- ni pasajes irrelevantes, y las distintas determinaciones constitucionales tienen un significado jurídico propio, que ha de obtenerse a partir de una interpretación sistemática y global de los preceptos constitucionales implicados, esto es, desde el principio de unidad de la Constitución (SYC 113/1994, FJ 9, por todas). Así sucede con las determinaciones de diferente

naturaleza contenidas en su artículo 41, que establecen “principios rectores de la política social y económica” distintos y separados, *no disyuntivos*, al legislador y a los poderes públicos, que han de cumplirlos separadamente, mereciendo los distintos principios constitucionales del artículo 41 “reconocimiento, respeto y protección”, por lo que han de informar “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (art. 53.3 CE). La garantía de preservación del régimen público de Seguridad Social y de la suficiencia de su acción protectora, que el artículo 41, inciso primero, de la Constitución impone al legislador, no condiciona ni limita la potestad legislativa para promover regímenes de previsión complementaria empresariales libres (el segundo pilar de las pensiones).

Es cuando menos equivocado, en términos constitucionales, situar aquí, en el ámbito garantizado de la autonomía privada, el debate sobre la privatización de la Seguridad Social, desautorizada por el primer inciso del artículo 41 de la Constitución, no por su segundo inciso, constitucionalmente privado, y admitida por el Tribunal Constitucional si la introducción en el régimen público de Seguridad Social “de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas” es “de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora” de aquél, no, naturalmente, de las prestaciones complementarias libres. A propósito de la obligación impuesta al empresario por el artículo 129 de la LGSS (reformado en 1992) de asumir el pago de una parte de la prestación de Seguridad Social en los casos de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes, las SSTC 37/1994 y 129/1994 consideraron que el carácter público del sistema de Seguridad Social no quedó cuestionado por ello, pues no alcanzó a alterar “el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a esta contingencia, descartándose toda prevalencia de la autonomía privada en el diseño de la acción protectora dispensada”, que, por lo demás, trató de “evitar la reducción del nivel de protección económica ante esta contingencia, mediante un desplazamiento de responsabilidad que no es incongruente con el régimen de la referida prestación valorada en su conjunto” (FFJJ 4 y 5 y 1, respectivamente).

El texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones define los planes de pensiones a partir de su constitución voluntaria y de la garantía de que “sus prestaciones no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas” (art. 1.2).

El legislador que puede realizar una acción de promoción de los regímenes de previsión empresariales es, atendiendo a la jurisprudencia constitucional, el legislador estatal en ejercicio de sus competencias, principalmente, sobre legislación mercantil y sobre bases de los seguros y planificación general de la

actividad económica (artículo 149.1.6ª, 11ª y 13ª), sin perjuicio de las competencias estatutarias de los legisladores autonómicos sobre desarrollo y ejecución de las bases estatales en materia de seguros y exclusivas sobre montepíos, pósitos y mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social. Y sin perjuicio de las competencias del Estado sobre la legislación laboral (art. 149.1.7ª)

Esa operación de política legislativa se conforma a la Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, relativa a las actividades y supervisión de fondos de pensiones de empleo, que apela a la responsabilidad de los Estados, en el contexto del segundo pilar de las pensiones, para ocuparse “del papel y las funciones de las diversas instituciones que llevan a cabo actividades de prestaciones ocupacionales de jubilación, tales como los fondos de pensiones de empleo, sectoriales o promovidos por las empresas y las empresas de seguros de vida” (cdo. 9). La Directiva contiene disposiciones prudenciales mínimas que tienen por objeto “garantizar un nivel de seguridad elevado para los futuros jubilados que tengan que gozar de las prestaciones de dichos fondos “(SSTJUE de 14 de enero y 15 de julio de 2010, Comisión v. República Checa, C-343/08, apartado 45, y Comisión v. República Federal de Alemania, C-271/08, apartado 62). No puede olvidarse el “*Libro verde de la Comisión Europea en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*” (COM(2010)365 final, Bruselas 7.7.2010). Dicha Directiva, con sus modificaciones, ha sido refundida y derogada por la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, transpuesta a nuestro ordenamiento por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, que modificó el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. Las palabras antes transcritas de la Directiva 2003/41/CE se encuentran en el *considerando* 19 de la nueva Directiva refundida. Fue el objetivo del Real Decreto-ley 3/2020 “garantizar un elevado nivel de protección y seguridad a los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones” (exp. de mot., V).

Por lo demás, existiendo en nuestro ordenamiento una regulación legal de los planes de pensiones, fracasada en la consecución de sus objetivos desde 1987 pese -o por causa de- su desacertada incentivación fiscal, entre otras razones, según la valoración parlamentaria y gubernamental, no es necesaria ninguna argumentación adicional para justificar su reforma orientada a depararles efectividad, eficacia, eficiencia y progresividad, atendiendo a las pequeñas y medianas empresas, a los salarios mas bajos y a la discontinuidad e irregularidad de las trayectorias laborales y profesionales mediante, entre otras fórmulas, su extensión a través de la negociación colectiva sectorial y la introducción de ingredientes de solidaridad en sistemas de capitalización, de medidas pertinentes de incentivación fiscal, y de los incentivos jurídicos que

proporciona una regulación adecuada a los fines que se persiguen (estabilidad y movilidad, ahorro de costes de gestión, transparencia...).

La acción legislativa se traducirá en una política dirigida a esos objetivos, para cuya consecución se requiere necesariamente de la modificación de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aunque la reforma legislativa pudiera concebirse con mayor amplitud, esto es, más allá de los regímenes de previsión empresarial que instrumenten compromisos por pensiones, lo que no se deduce del Pacto de Toledo ni de las proyectadas reformas gubernamentales. Al ámbito de la oportunidad, y sus amplísimos márgenes, pertenece la elección del legislador futuro de operar la reforma de los instrumentos legales que lo precisen, el señalado en concreto, o de aprobar un instrumento legal propio y completo de sistemas complementarios de previsión empresarial, debiendo, en tal caso, incidir también en la regulación de las mejoras voluntarias de la LGSS, con un complejo entrecruzamiento de títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas.

La cultura de los sistemas jurídicos jamás es un factor desdeñable en la decisión sobre la política legislativa y sus técnicas de actuación. En los más de cuarenta años de democracia constitucional no se ha sentido la necesidad de aprobar ningún instrumento legal de “desarrollo” del artículo 41, segundo inciso, de la CE, y las leyes aprobadas, estatales y autonómicas, relacionadas con dicho precepto constitucional han dado lugar a disputas competenciales que ha resuelto el Tribunal Constitucional en decisiones no unánimes. Ciertamente, el peso cultural jurídico no debe operar como elemento de congelación del ordenamiento jurídico y de su permanente movimiento evolutivo modernizador, de respuesta a problemas nuevos. Pero es elemental la observación de que los problemas que el legislador ha de resolver no son nuevos, aunque lo sean las soluciones que deban proponerse, que para resolverlos no es aconsejable crear nuevos problemas, y que las referencias a los sistemas complementarios, por parte del Pacto de Toledo y del Gobierno, lo son a los sistemas complementarios de pensiones, y más en concreto aún a los planes de pensiones del sistema de empleo y otras técnicas de instrumentación de compromisos por pensiones, -segundo pilar de las pensiones; también al tercer pilar-, que son también los tenidos en cuenta por la Directiva europea. En esa elección no se debieran perder de vista factores de sensibilidad social, la ausencia en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones de cualquier referencia al artículo 41 de la CE, que sí figuraba en el preámbulo de la Ley primera de 1987, y la evidente insuficiencia, cuando no oposición, de su regulación a la realización de los objetivos reformadores. La necesidad de recuperar ese fundamento constitucional, para marcar con mayor intensidad su función complementaria de la Seguridad Social que su vertiente financiera, y de operar modificatoriamente sobre sus preceptos, para permitir aflorar una

regulación nueva, identifica ese texto legal, perteneciente a la legislación mercantil en las decisiones reiteradas del Tribunal Constitucional ante el silencio del legislador de 1987, como destinatario de las reformas que se propondrán en esta primera parte de este Dictamen.

Con todo, el problema de mayor enjundia, y que aquí más importa, de esta reformista política legislativa no es el de su forma, que también importa, y mucho, sino el de determinar si sería compatible con el artículo 41, último inciso, de la CE que la futura norma legal incluyese una previsión de obligatoriedad general de que las empresas estableciesen sistemas de previsión social. La respuesta es negativa, según se desprende de lo razonado, pues el ámbito existencial de realización del principio constitucional de libertad, que rige la existencia, regulación y organización de las prestaciones complementarias, se demarca por el principio de voluntariedad en su constitución efectiva. Si las prestaciones complementarias han de ser libres, han de ser voluntarias en su establecimiento, precisado de la autonomía de la voluntad. Las cosas son, sin embargo, mas complejas de lo que la respuesta deja ver. El libre establecimiento y aceptación de los sistemas de previsión empresarial que conducen a esas prestaciones complementarias puede canalizarse a través de la autonomía de la voluntad colectiva, de la que es expresión el derecho constitucional a la negociación colectiva del que resultan convenios colectivos con fuerza de vincular constitucionalmente garantizada (arts. 37.1 CE y 82.1 y 3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ET). La autonomía colectiva es base de un sistema democrático de relaciones laborales (arts. 7, 28 y 37 CE), al que no es ajeno el segundo pilar de las pensiones, como tendré ocasión de exponer con algo de detenimiento mas adelante.

Sería entonces constitucionalmente viable que, establecida por ley la previsión de obligatoriedad general de que las empresas se doten de sistemas de previsión complementaria, de planes de pensiones de empleo o de otras formulas hábiles para instrumentar los compromisos empresariales por pensiones de los trabajadores, esa obligatoriedad se condicionara a su activación o aceptación mediante su asunción libre y voluntaria por la negociación colectiva.

“Las empresas promoverán sistemas complementarios de pensiones o planes de pensiones de empleo de acuerdo con lo que disponga la negociación colectiva”, podría decir la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, reformada, ampliando después el instrumento de los planes de pensiones a los demás que en nuestro ordenamiento canalizan los compromisos empresariales por pensiones.

Aún recurriendo a formulaciones normativas mas conminatorias, el supuesto de hecho de los mandatos normativos ha de basarse en la libertad de

establecimiento de los sistemas complementarios de pensiones por la autonomía de la voluntad colectiva para asegurar su conformidad con el artículo 41, segundo inciso, de la CE: “Los sistemas de previsión empresarial, o los planes de pensiones del sistema de empleo, se establecerán mediante la negociación colectiva”, o mediante un tipo determinado de convenios colectivos (*infra*, III.2). En una versión más laboralizada o ius-laboralista, que no aconsejo al ser su lugar de residencia natural el ET, que habría entonces que reformar para alcanzar este primer objetivo, y no la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, una ley mercantil, aunque pueda incorporar preceptos de la legislación laboral: “Los trabajadores tendrán derecho a participar en los sistemas de previsión empresarial o planes de pensiones de empleo establecidos en la negociación colectiva, o mediante un tipo determinado de convenios colectivos, los sectoriales y de ámbito superior a la empresa, subsidiariamente, los de empresa y grupos empresariales.

¿Cambiaría el actual estado legislativo de la cuestión?. Sin duda, cambiaría, como tendremos ocasión de comprobar más adelante en el cuerpo argumental de este Dictamen (III.2), aunque quizás no lo suficiente como para asegurar la realización de los objetivos políticos perseguidos, precisados de técnicas de intervención más incisivas dentro del espacio de licitud constitucional permitido por el artículo 37.1 CE.

Hasta aquí, puede concluirse, con la perspectiva del artículo 41 de la CE y su determinación de que las prestaciones complementarias del régimen público de Seguridad Social han de ser libres, que la ley únicamente puede establecer la obligatoriedad de sistemas o planes de previsión social empresarial si la negociación colectiva, producto del acuerdo libremente alcanzado entre los representantes de los trabajadores y los empresarios (arts. 37.1 CE y 82.1 ET), los asume para un determinado ámbito de aplicación.

Con o sin ley, y siguiendo la experiencia de los acuerdos interprofesionales sobre otras materias, podría un acuerdo colectivo sobre materias concretas del artículo 83.3 del ET, adoptado en el marco del diálogo social, encargarse de organizar la previsión social empresarial, que los convenios colectivos extenderían a todas las empresas a partir de la regulación del acuerdo colectivo y de su libre determinación. Se trataría de una decisión libre de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas alcanzada en ejercicio de su plena autonomía, y no de una imposición legal de establecer estos procedimientos. Nada obsta a que el legislador y el Gobierno incentiven este tipo de pacto social, pero sin una ley con imposiciones u obligaciones dirigidas a estas organizaciones más representativas (*infra*, III. 3.3. y 5.).

Conviene dejar aquí las cosas para, establecida la viabilidad constitucional de una ley que impusiera el establecimiento de sistemas de previsión empresarial a través de la autonomía o negociación colectiva, expresión de una

voluntariedad de ámbito o dimensión colectiva, proseguir el análisis de la primera cuestión objeto de este Dictamen en referencia al artículo 41 de la CE.

¿Exige el artículo 41, segundo inciso, de la CE la complementación de la negociación colectiva con fórmulas de reconocimiento de la libertad individual? O, ¿es bastante la negociación colectiva para satisfacer el principio constitucional de libertad de las prestaciones complementarias de la Seguridad Social?

1.3. La colaboración necesaria de la negociación colectiva; la legitimidad constitucional de la lógica legislativa de potenciación de la negociación colectiva. Sobre la problemática de la libertad personal y la fuerza vinculante de los convenios colectivos

Como acaba de decirse, de acuerdo con la incardinación constitucional del establecimiento y regulación de los sistemas complementarios de previsión empresarial en la autonomía de la voluntad, la negociación colectiva, en cuanto manifestación de la autonomía de la voluntad colectiva, es la institución adecuada para instrumentar esos sistemas en las empresas. Cabe que lo haga un acuerdo sobre materias concretas celebrado entre las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios de ámbito estatal (art. 83.3 del ET). Pero también que, establecidos y regulados esos sistemas de previsión complementaria por la ley, la ley llame a la negociación colectiva a colaborar con sus objetivos para hacerlos efectivos en los sectores de actividad y empresas. Sería dable entender, incluso, que el artículo 41, último inciso, demanda del legislador esa llamada a la negociación colectiva como herramienta de garantía de la libertad en la aceptación de las condiciones y prestaciones de esos sistemas de previsión complementarios organizados en las empresas, sin abrir aquí, en este momento, aunque sí de inmediato, la problemática de la libertad - y el consentimiento- individual (del trabajador y de la empresa respecto del establecimiento de sistemas de previsión complementarios por un convenio colectivo sectorial o de ámbito superior a la empresa) y la posibilidad de su expresión eficaz a través de los convenios colectivos de eficacia general (doctrina de la representación institucional de intereses, de la representatividad).

En tal sentido, se ha subrayado por el Tribunal Constitucional, bien es cierto que enjuiciando la opción del legislador, ya en este siglo XXI, y sin considerar explícitamente la concreta prescripción del artículo 41, segundo inciso, de la CE, que la “característica esencial” de los planes de pensiones del sistema de empleo es “su especial vinculación con los procesos de representación y negociación en el ámbito laboral”, su “inescindible conexión con las relaciones laborales colectivas en cuyo seno se gestan”, que *justifica una “lógica de potenciación de la negociación colectiva* como fuente y escenario de los planes de pensiones de empleo”; negociación colectiva que, sin embargo, no todo lo puede y no puede

discriminar, ni establecer diferencias arbitrarias contrarias a las igualdad normativa o desconocer el resto de derechos y principios constitucionales (STC 128/2010, FFJJ 5 y 6, por todas).

Es, desde luego, constitucionalmente legítima la opción del legislador, no expresada en nuestra realidad hasta 2001 y no en toda su potencialidad constitucional como habremos de comprobar, “de vincular el plan de empleo a la negociación colectiva” (STC 128/2010, FJ 6). Se manifiesta aquí la estrecha relación existente entre los sistemas de previsión social empresarial y la ordenación del sistema de las relaciones de trabajo, ya aludida.

En el caso de colaboración entre la ley y la negociación colectiva, la ley debería fijar un completo sistema principal (igualdad y no discriminación, ausencia de ánimo de lucro, transparencia y democracia...), institucional (organizacional), funcional (régimen de derechos y obligaciones) y promocional (incentivos fiscales o de otro tipo), en el que ha de desenvolver sus determinaciones propias la negociación colectiva para arrancar su funcionamiento.

Los compromisos por pensiones del sistema de empleo pueden asumirse por acuerdos de negociación colectiva, y así se desprende del artículo 41, último inciso, y, como veremos, del artículo 37.1 de la CE. La negociación colectiva es el cauce apropiado para establecer la obligación empresarial de realizar aportaciones a un plan de pensiones y las especificaciones del plan, sin perjuicio de las competencias de los órganos de los planes y de su externalización en un fondo, “en la medida en que [la negociación colectiva] da paso al establecimiento de regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector o de cualquier otro ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación [...]” (STC 177/1988, FJ 4). Cuestión ya distinta es determinar si los convenios colectivos, que decidan establecer sistemas de previsión empresarial, pueden imponer esos compromisos a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y si al desarrollar su natural fuerza vinculante se acomodan o no al artículo 41, segundo inciso, de la CE, o precisa esa fuerza vinculante ser completada por la autonomía individual. No es necesario recordar que la autonomía colectiva está sometida a la Constitución, y a la ley imperativa. Examinemos la regulación de la ley.

La regulación legal vigente de los planes de pensiones prevé la promoción conjunta por varias empresas que hayan asumido “compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior al de empresa” [art. 4.1.a), párrafo 5º, del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones]. La Ley habilita a la negociación colectiva sectorial o supraempresarial “estatutaria”, de eficacia general, a constituir planes de empleo de promoción conjunta (art. 7.2, párrafo 8º), disponiendo obligaciones

de previsión sobre los empresarios. “Mediante acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial podrá establecerse el proyecto inicial de un plan de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta para las empresas incluidas en su ámbito [...] [art. 9.a), párrafo 4º, de dicha Ley].

No contempla la ley que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa impongan compromisos de previsión complementaria a las empresas que deban instrumentarse a través de planes de pensiones de empleo al margen de su promoción conjunta y en los términos señalados. En estos planes la negociación colectiva sectorial puede imponer la condición de promotora a cada empresa de su ámbito de aplicación funcional con fuerza de obligar. De esa fuerza vinculante de los convenios colectivos de eficacia general sectoriales en el establecimiento de obligaciones de previsión empresarial se sigue el posible descuelgue o apartamiento temporal por las empresas de la aplicación de la regulación del convenio colectivo estatutario sectorial sobre las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social” [art. 82.3.g) del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con los cauces procedimentales del precepto estatutario], una expresión genérica comprensiva de cualesquiera mejoras voluntarias, con independencia del modo de su formalización y de la aplicación de su regulación propia.

En los demás, el pobre modelo de negociación colectiva que acoge la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones es el de empresa, con presencia de acuerdos colectivos celebrados al margen del título III del ET.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social ilustra de la acomodación de la suspensión, por causa económica, de la obligación empresarial de realizar aportaciones a los planes de pensiones, establecidos por acuerdos de empresa, al régimen legal laboral de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, y a su procedimiento propio, regulados en el artículo 41 del ET, o en su caso, al de la inaplicación parcial y temporal, y a su procedimiento propio, del artículo 83.2 del ET (en aplicación del art. 41.2 y 6), aunque los propios planes de pensiones del sistema de empleo no prevean que sus especificaciones, sobre prestaciones, aportaciones o cualesquiera otros extremos, con la consiguiente adaptación de su base técnica, puedan ser modificadas mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores (artículo 6.3, párrafo 2º, de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones); todo ello sin perjuicio de la regulación legal de los planes y de las facultades en la modificación de los órganos de gestión de dichos planes. La STS, Sala de lo Social, de 18 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5664), caso *Liberbank* y Banco Castilla-La Mancha, da buena prueba de ello en su FD 11º. El mismo criterio sentó la STS, Sala de lo Social, de 23 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5113), caso *Torraspapel*, S. A.

Es obligado reiterar que *un diferente modelo de política legislativa, de desarrollo efectivo de los sistemas de previsión social empresarial a través de la negociación colectiva sectorial y de ámbito supraempresarial, sin descartar la negociación colectiva de empresa, exige la reforma de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (a la que se destina el apartado III de este Informe), pues no hay en la regulación vigente estímulos jurídicos a la negociación colectiva, y menos aún a la sectorial.*

Antes de ello, es preciso atender a la vigente regulación de los planes de pensiones que interpone el *impedimento* de la libertad o autonomía individual a la eficacia de los convenios colectivos al no reconocer su capacidad de vincular a los trabajadores de su ámbito de aplicación en su condición de partícipes de los planes de pensiones de empleo. El artículo 4.1.a) del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en su último párrafo, señala que “[s]in perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 1 de la presente Ley, cuando en el convenio colectivo se haya establecido la incorporación de los trabajadores directamente al plan de pensiones, se entenderán adheridos al mismo, salvo que, en el plazo acordado a tal efecto, declaren expresamente por escrito a la comisión promotora o de control del plan que desean no ser incorporados al mismo. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que, en su caso, el convenio condicione las obligaciones de la empresa con los trabajadores a la incorporación de éstos al plan de pensiones”; lo que, en el sistema de la Ley, preserva el principio general de voluntariedad individual de su artículo 1.2, de aplicación a las distintas modalidades de planes de pensiones, y reitera su artículo 9.4, párrafo 3º, siempre respecto de los partícipes y, en su caso, beneficiarios de los planes de empleo. Por su parte, y pese a la separación institucional y a que aquí nada tenga que ver la negociación colectiva, el artículo 42.2.e) de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras establece con carácter básico el principio de voluntariedad de incorporación de los mutualistas a las mutualidades de previsión social [anterior artículo 64.3. e) del derogado texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados].

Cabe, pues, que la negociación colectiva, en expresión de su libertad negocial (artículo 37.1 CE), haga esa incorporación al plan de pensiones obligatoria para todos los trabajadores de manera directa o automática, sin discriminación, y “sin esperar una adhesión individual de todos los afectados por lo dispuesto en el convenio”, pero admitiendo, como excepción en aras del principio de voluntariedad individual, la manifestación expresa y por escrito, de la voluntad individual contraria del futuro partícipe a incorporarse al plan, esto es, reconociendo un derecho individual de oposición. Es la opción legal vigente plasmada en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, desarrollada por el artículo 28.2 de su Reglamento (aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, y que ha debido seguir la negociación

colectiva sectorial que, excepcionalmente, se ha decidido a establecer un plan de pensiones de promoción conjunta (art. 12 del Anexo del Convenio Colectivo del sector de comercio de flores y plantas, BOE de 6-9-2018). Pero ¿cabría, en un juicio de constitucionalidad, que la negociación colectiva impusiera esa incorporación obligatoria sin dar entrada a la autonomía individual de oposición a integrarse en el plan de empleo, de modo que la voluntad individual de la persona trabajadora, potencial partícipe en el plan, quedara sustituida o integrada por la de sus representantes colectivos? ¿Exige el artículo 41, segundo inciso, CE el principio de voluntariedad individual o es bastante la voluntariedad colectiva?

Esta segunda fue la opción de la Ley del Parlamento Vasco 5/2012 en el caso de los planes de previsión social de empleo preferentes -y entidades de previsión social voluntaria preferentes-, cuyo artículo 14.a), párrafo segundo, disponía: *“La integración vendrá determinada por la eficacia de los correspondientes convenios y pactos, quedando integrada la voluntad individual del sujeto por la de sus representantes laborales, sin que la incorporación o el mantenimiento en el seno del plan con carácter obligatorio impliquen infracción del principio de voluntariedad cuando dichas situaciones deriven de los mencionados acuerdos. Cuando se trate de pactos de eficacia limitada deberán contar con la adhesión al plan de un mínimo de las dos terceras partes del total del colectivo afectado”*. Ya en su artículo 1.2 advertía que “[e]l carácter voluntario de las entidades de previsión social voluntaria se entenderá sin perjuicio de las formas de previsión complementaria que pudieran establecerse con carácter obligatorio a través de la negociación colectiva o de actos de autonomía corporativa de grupos profesionales”. Aquel precepto, impugnado por el Presidente del Gobierno, fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 97/2014 por un motivo competencial, no por su oposición al artículo 41 de la CE, enjuiciamiento de fondo en el que la citada Sentencia constitucional no ha entrado: “al tener el art. 4.1 a) del texto refundido de la Ley de planes y fondos de pensiones el carácter de legislación mercantil, competencia exclusiva del Estado, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final cuarta del texto refundido, [...] el inciso segundo del art. 14 a) de la Ley de País Vasco 5/2012 es inconstitucional, al establecer un régimen de integración de los partícipes que invade la regulación estatal dictada ex art. 149.1.6 CE” (FJ 7).

Si el nuevo modelo de regulación de los sistemas de previsión empresarial se apoya efectivamente en la negociación colectiva sectorial, como permiten entender las recomendaciones del Pacto de Toledo y los proyectos reformadores del Gobierno, el legislador estatal debería derogar o modificar la regulación, contenida en el artículo 4.1.a), último párrafo, de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en beneficio de imprimir mayor efectividad y eficacia a estos sistemas complementarios de previsión establecidos por los convenios colectivos y abrir la vía a su generalización, permitiendo su

instrumentación e integración directa por la autonomía colectiva, objetivo que no logra la norma de cierre de la regulación vigente, que habilita al convenio colectivo para, “en su caso”, condicionar la efectividad de las obligaciones asumidas por la empresa con sus trabajadores a la aceptación por todos del plan de pensiones. Repárese en el efecto contrario al perseguido que se obtiene de ese condicionamiento de la efectividad de las obligaciones de la empresa que pueden establecer los convenios colectivos. Esta técnica, autorizada por el convenio colectivo y concebida con una finalidad de incentivación de la integración de todos los trabajadores en el plan, puede conducir al incumplimiento de las obligaciones empresariales establecidas en convenios colectivos sin necesidad de que el empresario sujete su decisión a un procedimiento de inaplicación o descuelgue (art. 82.3 del ET). Para forzar a la autonomía individual la ley autoriza a la autonomía colectiva a autoinhabilitarse con la inconsecuencia de que aquélla, expresada como oposición a ésta, se impone a ésta y a la intervención de los representantes sindicales (art. 28.1 CE) o electivos de los trabajadores; con la inconsecuencia de que la propia negociación colectiva, autorizada por la ley, devalúa la autonomía colectiva y su fuerza vinculante y quiebra el sistema de negociación colectiva y de previsión social empresarial en beneficio de la autonomía individual. Se desemboca por esta vía en el vaciado normativo del precepto de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones sobre la constitución de los planes del sistema de empleo y de la propia regulación de la negociación colectiva, quedando abandonado el sistema de previsión empresarial, en el caso extremo, a la decisión de la voluntad individual de algún o algunos trabajadores-partícipes, al voluntarismo subjetivo.

Puede que el origen de esta concepción legal, que proviene de la modificación de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones de 1987 por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que se ordenó a facilitar la coordinación del funcionamiento de los planes del sistema de empleo con los procesos de representación y negociación en el ámbito laboral y autorizó su refundición, enlace con la norma, que ya conocemos, de la Ley General de la Seguridad Social, que permite “[e]xcepcionalmente, y previa aprobación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social”, establecer, para la financiación de las mejoras voluntarias, “*una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición*” (art. 239, párrafo 1º), que procede, a su vez, del artículo 182.3 del texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1966 -y ésta regulación del Decreto 56/1963, de 17 de enero-, desarrollado por el artículo 11.3 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se regulan las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social. Es del todo evidente que la concepción a que responde la ordenación legal de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la

Seguridad Social no trae causa del bloque normativo constitucional y de sus premisas, dentro de las que corresponde al legislador configurar evolutivamente y según designios políticos plurales los sistemas de previsión social empresarial y de relaciones laborales, sino del régimen político dictatorial asentado en unas relaciones laborales paternalistas, negadoras de los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, de igualdad y de la propia libertad individual.

Por su parte, la ordenación legal de los planes de pensiones de empleo ha recorrido un camino meramente inicial hacia la responsabilidad de la autonomía colectiva de las partes sociales, que su futura reforma debería pronunciar, expandiendo su virtualidad, y fortaleciendo a la negociación colectiva y a su propia autonomía, para el logro de los objetivos reformadores que se pretenden.

En mi opinión, la exigencia de libertad del artículo 41, segundo inciso, de la Constitución se satisface por la autonomía de la voluntad colectiva, expresada por la negociación colectiva. No otra cosa significa la fuerza vinculante de los convenios colectivos, que la ley ha de garantizar (artículo 37.1 CE), cuando no están en juego derechos personalísimos de los representados por los negociadores colectivos, representantes de los trabajadores y (de los) empresarios, como aquí sucede, salvo que se entendiera que aquella exigencia genérica de libertad alumbra un derecho de ejercicio individual, lo que, manifiestamente, no es el caso. Esa autonomía de la voluntad colectiva, ese poder de autorregulación de los representantes colectivos más allá de los esquemas de representación y apoderamiento del Derecho privado (arts. 7 y 37.1 CE), ha de ser bastante para decidir el modo de integración de los trabajadores y empresarios afectados en el sistema de previsión social empresarial que trae causa de su decisión y regulación.

La exposición de la significación sustantiva de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos se debe a la temprana STC 58/1985: “implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, *sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales*. Por ello, resulta del todo ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva la exigencia de una aceptación individual de lo pactado, con independencia de que la práctica, como sucede en ocasiones, haga aconsejable la participación de los propios afectados en la negociación colectiva a través de las fórmulas que los negociadores decidan y sin que, en ningún caso, puedan considerarse como jurídicamente condicionantes del Convenio o se las pueda asignar efectos integrativos en lo que concierne a la eficacia propia del pacto” (FJ 3). La jurisprudencia constitucional posterior ha mantenido este entendimiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, aunque

predicándola exclusivamente -sin causa que lo justifique atendiendo a la cobertura de la negociación colectiva de eficacia limitada por el derecho constitucional a la negociación colectiva, reconocida por la propia jurisprudencia constitucional- de los convenios colectivos llamados “estatutarios” o “en la mas importante de sus manifestaciones”, de “relevancia cuasi-pública”, a los que el título III del ET otorga eficacia normativa y personal general (SSTC 177/1988, FJ 4; 119/2002, FJ 6; 27/2004, FJ 4; 36/2011, FJ 2; 112/2017, FJ 4).

Abordó también el Tribunal Constitucional, en su STC 58/1985, el espinoso problema de las relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual, estableciendo directrices para la legislación y la interpretación formuladas como “principios básicos” que se resuelven en su no fácil síntesis: ni la autonomía colectiva puede anular la autonomía individual, “garantía de la libertad personal”, ni ésta la “capacidad de incidencia del Convenio” en los derechos e intereses individuales, lo que sería contrario a la propia eficacia de la negociación colectiva y a la naturaleza del convenio colectivo en el que predomina “la voluntad colectiva sobre la individual” y “los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen”, que satisface incluso los intereses individuales, pues la negociación colectiva no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura, actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general”. La aplicación de ambos principios a cada caso concreto dudoso precisa de la ponderación del conjunto de circunstancias concurrentes (FJ 6). Volvieron sobre esta articulación de relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual las SSTC 105/1992, 208/1993, 225/2001, 238/2005, entre otras.

Una serie de precisiones es necesaria. De la jurisprudencia constitucional deriva:

1º) La primacía de la autonomía colectiva sobre la individual “se refiere a la configuración del *sistema normativo laboral*” (STC 107/2000, FJ 9), y no al ordenamiento mercantil. Los planes de pensiones del sistema de empleo, o los contratos de seguros colectivos, o la actividad aseguradora de las mutualidades no integradas en la seguridad, no se incardinan en la legislación laboral, sino en la mercantil, pero se inscriben en el ordenamiento laboral los compromisos de previsión empresarial resultantes del contrato de trabajo y de la negociación colectiva, aunque se instrumenten y garanticen a través de otras instituciones específicas no jurídico-laborales. Tales compromisos no son ajenos al espacio normativo laboral, supuesta su inserción en las relaciones de trabajo y su conexión con el componente esencial de la retribución o remuneración (art. 35.1 CE) y con la política de personal, además de su sustento y encauzamiento a través de la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE); las leyes de

presupuestos vienen confiriendo a las cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro la consideración de “retribución diferida”, integrantes de la masa salarial como gastos de acción social (STS, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4571, caso Ente Público de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias).

2º) Sin entrar en este lugar en mayores desarrollos sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos, la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la individual es “un elemento de la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva *como medio de acción sindical*” (STC 225/2001, FJ 6), lo que requiere de una negociación colectiva *sindical*, protagonizada por representantes sindicales o sindicalizados, para establecer los sistemas de previsión social empresarial.

3º) En el juego de relaciones entre la autonomía colectiva e individual puede incidir la libertad del legislador, que ha de valorar las circunstancias concurrentes constitucionalmente admisibles. De acuerdo con las circunstancias particulares que concurren en el establecimiento efectivo y extensión de los sistemas de previsión social empresarial, el legislador, para hacer posibles esos objetivos, satisfacer el derecho constitucional a la igualdad e introducir mecanismos de compensación, ante la desigualdad, en favor de las PYMES y de los trabajadores con profesionales irregulares y remuneraciones mas bajas, podría decidir fortalecer la negociación colectiva y limitar los intereses individuales para la efectiva promoción de los intereses de la colectividad. La negociación colectiva no se valdría por si misma si el juego de la autonomía de la voluntad individual, de la voluntad de la empresa y de las personas trabajadoras, se impusiese a sus decisiones. Por lo demás, la libertad del artículo 41, ultimo inciso, de la CE es, como toda libertad jurídica, una libertad en el respeto del ordenamiento jurídico.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha alcanzado un grado de evolución hacia la aceptación plena de la capacidad reguladora de la autonomía colectiva. Aunque en otra materia, la reciente Sentencia 729/2020 de su Sala de lo Social, de 30 de julio de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:2818), caso SERLA, partiendo del reconocimiento de la competencia de la negociación colectiva por la ley (por el artículo 63 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que ordena, como requisito previo para la tramitación del proceso, “el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos [...]” del art. 83 del ET), ha afirmado la validez de los pactos colectivos “incondicionados” pese a la afectación del derecho subjetivo a la tutela judicial efectiva en conflictos individuales: “Si las partes negociadoras pueden pactar el sometimiento de las controversias a un sistema autónomo de solución extrajudicial, y éste, a su vez, puede servir como mecanismo pre-procesal, nada

impide que tal pacto sea incondicionado [...]”, y que decida sustituir uno de los términos de la opción legal -el trámite ante el servicio administrativo por la conciliación/mediación convencional- con carácter obligatorio general, en todo tipo de procesos laborales, colectivos e individuales: “*No se advierte cuál es el impedimento legal para que esos mismos negociadores incrementen su compromiso obligándose a que dicha utilización sea preceptiva en todo caso*” [FD 6º.6.b)]. Sin necesidad de cláusulas de salvaguarda de la autonomía individual. Eso sí, una vez que la ley se ha decantado positivamente por la conveniencia de que la negociación colectiva regule una determinada materia, para lo que, en la materia objeto de este Dictamen, se precisa un avance positivo e incentivador por parte del legislador de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, como se ha señalado ya y se razonará nuevamente en su punto III.2.

Es cierto que una regulación del legislador estatal que mantuviese la actualmente vigente, que salva la oposición individual de los trabajadores con derecho de acceso al plan en todo caso, lo que cubre el caso particular de que ese acceso comporte la obligación de aportación económica por la persona trabajadora partícipe en dicho plan, colocaría a la nueva intervención estatal sobre la materia al abrigo de cualquier recurso o cuestión de inconstitucionalidad, que, en caso contrario, podrían interponerse al no haber quedado la cuestión decidida en cuanto al fondo.

Sin embargo, esa regulación mas cautelosa puede dar al traste con los compromisos de pensiones impuestos por los convenios colectivos ante la negativa de algún o de algunos trabajadores, o en su caso empresas, a acceder al plan y sus consecuencias, dejando en la decisión individual el establecimiento de fórmulas de previsión empresarial que requieren de una organización colectiva, necesaria para la consecución de los fines generales de su implantación efectiva y de su generalización al mayor número de empresas y trabajadores (objetivos del Pacto de Toledo), lo que justifica la supresión de la regulación legal que defiende la eficacia de los sistemas de previsión empresarial a la libre decisión de los trabajadores individuales de sumarse a los planes de pensiones de empleo. De otra parte, podría pensarse también que la recuperación por el legislador estatal, en ejercicio de sus competencias sobre la “legislación mercantil”, de la opción del legislador vasco -toda decisión legislativa nueva ha de asumir el riesgo de su enjuiciamiento constitucional- podría ampliar el consenso político sobre la nueva regulación estatal.

Este Dictamen propone, en consecuencia, diversas alternativas de reforma legislativa: la derogación o, en su caso, la modificación de los artículos 4.1.a), último párrafo, y 9.4, párrafo 3º, del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y del artículo 28.2 de su Reglamento, sin afectar al artículo 1.2 de la Ley. No se precisa la derogación ni modificación de

la regulación legal del principio de voluntariedad proclamado en el artículo 1.2 de la Ley estatal de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, de aplicación a otras modalidades de planes de pensiones.

A) Podría ser suficiente, llegados a esta fase argumental, con la derogación de los preceptos legales citados para permitir el normal desenvolvimiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

B) En aras de una mayor claridad y fortalecimiento de la negociación colectiva podrían sustituirse los mencionados contenidos normativos de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones por una formulación similar o próxima, según se admita o no la participación de la negociación colectiva extraestatutaria, a la anulada por la STC 97/2014 del artículo 14.a), párrafo 2º, primer inciso normativo, de la Ley del Parlamento Vasco 5/2012: *“La integración de las empresas y de las personas trabajadoras [de trabajadores en los convenios de empresa] en el sistema de previsión social pactado vendrá determinada por la eficacia de los correspondientes convenios colectivos, quedando integrada la voluntad individual de aquéllas y éstos por la de sus representantes colectivos, sin que la incorporación al sistema de previsión [o al plan de pensiones...] con carácter obligatorio implique infracción del principio de voluntariedad al derivar dichas situaciones de los mencionados convenios colectivos”*. Podría ser el texto del artículo 4.1.a) de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, al que habría acomodar los preceptos conexos y de desarrollo.

C) Podría confiarse a la propia negociación colectiva, al convenio colectivo que estableciese el sistema de previsión social empresarial, el gobierno de su eficacia vinculante, de modo que fuese el convenio colectivo, de ámbito sectorial y, en su caso de empresa respecto de los trabajadores, el que impusiese su ordenación a la voluntad individual de empresas y trabajadores o la autolimitase, en ejercicio de su fuerza vinculante, requiriendo la adhesión individual de los trabajadores o, específicamente, para la prestación de su consentimiento, y en la posible forma negativa de no expresar su oposición, a determinadas obligaciones o modalidades de previsión social empresarial: *“El establecimiento de sistemas de previsión empresarial [o de planes de pensiones] por las empresas y la integración en los mismos de las personas trabajadoras vendrá determinada por los correspondientes convenios colectivos y en sus términos”*. Esta fórmula alternativa debilita, ciertamente, la eficacia del establecimiento y regulación de los sistemas de previsión social empresarial, pero no la eficacia legitimante del propio convenio colectivo, que es lo que hace la vigente Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones al sustraer un elemento esencial de su configuración constitucional bajo la justificación de garantizar la libertad individual negativa en la adhesión a los regímenes complementarios de

las prestaciones de la Seguridad Social, que su libertad, constitucionalmente determinada, no precisa en mi personal interpretación del artículo 41 de la CE.

En cualquier caso, para acomodar la derogación o modificaciones legales propuestas al artículo 41 de la CE sería preciso que la negociación colectiva se moviese en su terreno propio de *libertad de acordar* los sistemas de previsión empresarial y planes de pensiones de empleo, sin perjuicio, claro es, de que para hacerlo pueda y deba contar con el necesario estímulo del legislador, como se explicará en el apartado III de este Informe. Si la *libertad colectiva*, en su condición de rectora del establecimiento de prestaciones complementarias de la Seguridad Social, no estuviese garantizada, tendría que recuperar su valor fundante la libertad individual, con los desajustes que para la organización colectiva de los sistemas de previsión social empresarial significa, aun presumido y expresado el consentimiento individual como oposición.

Lo que vengo a proponer, en suma, es aplicar de forma sobreentendida a la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones el concepto de negociación colectiva que juridifica el legislador laboral en el título III del ET. Dice su artículo 82.1: “Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva”. La libertad que exige el artículo 41 de la Constitución se satisface y respeta por los convenios colectivos en cuanto expresión del acuerdo libremente alcanzado por sus negociadores en virtud de su autonomía colectiva. Respetada de este modo la libertad en el establecimiento por convenio colectivo de las prestaciones complementarias de Seguridad Social, el convenio colectivo debe desplegar, en el ámbito de esas prestaciones complementarias, la eficacia vinculante que le atribuye el legislador estatutario, esto es, la eficacia normativa general: “Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia” (art. 82.3, párrafo 1º, ET). Como es palmario, sin tener que actuar el legislador reformador sobre el ET.

En la línea de las propuestas reformadoras formuladas, no considero necesaria la modificación del artículo 239, párrafo 1º, de la LGSS, no sólo por su desuso -no se concibe en la actualidad esa aprobación previa del Ministerio de Trabajo y Economía Social-, aunque esa regulación legal pida a gritos su reforma por su obsolescencia; también porque, pese a su parentesco institucional, una cosa son las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social, y otras los instrumentos específicos de su canalización técnica, pertenecientes a la legislación mercantil (en el caso de los planes y fondos de pensiones de pensiones), que, como quedó dicho, disponen de un régimen propio, específico y autosuficiente (STC 206/1997, FJ 5).

Llegados aquí, y a las soluciones propuestas de la integración o incorporación incondicionada de empresas y trabajadores a los planes de pensiones de empleo u otros instrumentos de previsión empresarial comprometidos por la negociación colectiva, queda por resolver la importante cuestión, demandada en segundo lugar por los solicitantes de este Dictamen, de si la ley puede remitir “a la negociación colectiva, sectorial o de otro ámbito, la obligación de desarrollar la previsión social empresarial”, “estableciendo la obligatoriedad” de su incorporación efectiva a los convenios colectivos “y los mínimos que en todo caso debería cumplir”.

No basta una regulación legal adecuada y estable, que fomente el establecimiento y desarrollo de esos sistemas de previsión empresarial mediante incentivos fiscales adecuados para las empresas y trabajadores y el desarrollo de una adecuada regulación, lo que es *imprescindible*, ni que esa promoción legal se sustente en el crecimiento y fortalecimiento de la negociación colectiva *con capacidad de obligar a todos los empresarios y trabajadores de su ámbito de aplicación* (art. 82.3, párrafo 1º, del ET), lo que se acomoda al artículo 41, último inciso, de la CE. No basta, en efecto, para lograr la implantación y expansión de esos sistemas si, pese a ello, la negociación colectiva no se ve compelida a establecer efectivamente la obligación de asumir los correspondientes compromisos, si sus cauces no fluyen para desembocar en ese resultado.

Falta, pues, discernir si la ley está constitucionalmente habilitada para imponer a los convenios colectivos la obligación de incorporar los sistemas de previsión empresarial, esto es, los compromisos de establecerlos; si esa decisión pertenece al terreno de la libre configuración o disponibilidad del legislador democrático o si, por el contrario, encuentra obstáculos en la Constitución, en el principio de voluntariedad de las prestaciones complementarias del artículo 41, segundo inciso, y/o en el derecho constitucional a la negociación colectiva laboral como derecho de libertad negocial enunciado en su artículo 37.1, que se desenvuelve “en un contexto de libertad sindical y autonomía colectiva” (STC 136/1987, FJ 5).

El análisis por separado, aunque conjunto en sus conclusiones, de los artículos 41 y 37.1 de la CE facilita desde un punto de vista metodológico la repuesta razonada a las consideraciones de los solicitantes de este Dictamen. Son preceptos constitucionales de distinta naturaleza, como es bien conocido. El artículo 41 enuncia principios rectores de la política social y económica, del Capítulo III del Título I de la norma constitucional, que el legislador, en el marco de su libertad, y los poderes públicos en el de sus atribuciones constitucionales y legales, han de contribuir a realizar mediante políticas efectivas orientadas a esos objetivos dentro de amplísimos márgenes de oportunidad (art. 53.3 CE). El artículo 37.1, de interpretación constitucional discutible y discutida, reconoce

el derecho a la negociación colectiva laboral con un contenido esencial, que comprendería la libertad de negociación, que se impondría al legislador (art. 53.1 CE), al tiempo que ordena a éste garantizar el derecho y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. El derecho a la negociación colectiva integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical del artículo 28.1 de la CE, en su vertiente funcional, derecho “amparable” (art. 53.2 CE).

Con la perspectiva de ambos preceptos constitucionales, los problemas de legitimidad constitucional desaparecerían si fuese un acuerdo sobre materias concretas del artículo 83.3 del ET el que contuviese una previsión de obligatoriedad general de que las empresas establecieran compromisos de previsión social, encargando su ejecución a la negociación colectiva estatutaria de diferente ámbito, sectorial y empresarial, y con diferentes posibilidades de articulación entre si y de imposición automática o de aceptación, a través de fórmulas distintas, por los convenios colectivos de ámbito inferior y sus negociadores del acuerdo “en la cúspide” del sistema negocial colectivo. Es éste un instrumento convencional que no se puede menospreciar para conseguir los objetivos pretendidos al reunir tres características sobresalientes: 1ª) un acuerdo sobre materias concretas es expresión de la máxima legitimación socio-política en cuanto manifestación del diálogo social bilateral en la cúspide del sistema de negociación colectiva, pues se celebra por las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas de carácter estatal y de comunidad autónoma; 2ª) un acuerdo sobre materias concretas tiene un ámbito funcional interprofesional que le permite cubrir todos los sectores funcionales, y niveles empresariales, del sistema de negociación colectiva; 3ª) un acuerdo de esta naturaleza, en el que la materia concreta que constituye su objeto sea el establecimiento de sistemas de previsión social empresarial, puede graduar y disponer de su eficacia vinculante, optando por la eficacia normativa *erga omnes* que le depara el Estatuto de los Trabajadores para imponer sus decisiones a toda la estructura negocial, ya que la norma estatutaria ha decidido conferirles el mismo tratamiento que a los convenios colectivos, o por rebajar esa fuerza vinculante, demandando la colaboración de los niveles de negociación sectoriales/territoriales y de empresa.

Hay, de nuevo en materia de solución extrajudicial de conflictos laborales, colectivos e individuales, numerosos ejemplos de acuerdos de eficacia general y de aplicación directa y frente a terceros, en los que las voluntades de las representaciones de los trabajadores y empresarios, libremente adoptada en virtud de su autonomía colectiva, se imponen a todas las organizaciones empresariales y sindicales y a todas las empresas y trabajadores, también en conflictos individuales, de su ámbito territorial de aplicación. Por su parte, el *VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales* de ámbito *estatal* (VI ASAC), suscrito el 26 de noviembre de 2020 por CCOO, UGT, CEOE y CEPYME (BOE de 23 de diciembre de 2020), afirma su “*eficacia general y directa* para

todas las empresas y personas trabajadoras y sus respectivos representantes, correspondientes a los ámbitos de actuación incluidos en el mismo”. Su artículo 3, sobre la naturaleza y eficacia del Acuerdo, señala que el mismo se ha suscrito “al amparo de lo establecido en los títulos I y III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en los artículos 2 h), 63, 65.3 y 4, 68, 156.1 y 236, entre otros, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social” (apartado 1); que “al versar sobre una materia concreta cual es la solución autónoma de los conflictos colectivos laborales, constituye uno de los acuerdos previstos por el artículo 83.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y está dotado, en consecuencia, de la naturaleza jurídica y eficacia que la Ley atribuye a los mismos, *siendo de aplicación general y directa*” (apartado 2); y que, no obstante, por “convenio colectivo o acuerdo colectivo sectorial estatal o convenio de empresa, grupo de empresa o empresas vinculadas que cuenten con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, se podrán establecer sistemas propios de solución de conflictos no integrados en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje previsto en el artículo 5 de este Acuerdo. Si dicho sistema propio no contemplara todo el ámbito funcional del artículo 4, operará el VI ASAC para lo no recogido por aquél” (apdo. 3).

Es decir, que el VI ASAC ha hecho compatible su eficacia general y directa sobre todas las empresas y personas trabajadoras con el respeto de los sistemas propios de solución de la conflictividad laboral colectiva que hayan podido establecer o establezcan los convenios o acuerdos colectivos sectoriales estatales -reitero que el ASAC tiene ese ámbito de aplicación territorial, existiendo acuerdos sobre la misma materia en las diecisiete comunidades autónomas- o de empresa. Sin embargo, si los convenios o acuerdos colectivos sectoriales estatales o de empresa no hacen uso de esa regulación propia, o su regulación propia no alcanza la extensión material del ASAC, se aplica la regulación del ASAC. Esta sería una fórmula muy adecuada para la implantación de sistemas de previsión social empresarial en todo el sistema convencional colectivo español.

La evolución histórica de la eficacia jurídica de la negociación colectiva en la cumbre sobre materias concretas ha sido notable. Hace mas de veinticinco años, el 25 de enero de 1996, se firmó el I ASEC (Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales; BOE de 8 de febrero de 1996). Su artículo 3.2 reconoció la eficacia general y directa de aquel acuerdo conforme al artículo 83.3 del ET. Pero dispuso de esa eficacia, para debilitarla y condicionarla a la libre decisión de la negociación colectiva ordinaria: “Sin perjuicio de lo anterior, la aplicabilidad del Acuerdo en cada uno de los sectores o empresas afectados por el mismo se producirá a partir del momento en que los representantes de los trabajadores y los empresarios o sus organizaciones representativas, con legitimación suficiente para obligar en el correspondiente ámbito, suscriban el instrumento de

ratificación o adhesión de conformidad con lo previsto en el Reglamento de aplicación. La adhesión o ratificación habrá de ser incondicionada y a la totalidad del presente Acuerdo. Las organizaciones firmantes del Acuerdo se comprometían a “promover la adhesión o ratificación” por los representantes de los trabajadores y los empresarios o sus organizaciones representativas por la negociación colectiva sectorial o de empresa (art. 3, apartados 3 y 4).

La diferencia con la afirmación de su eficacia general y directa por parte del VI ASAC habla por si sola, demostrando la actual madurez de los interlocutores sociales de mayor representatividad para autogobernar materias concretas, de singular importancia, de las relaciones laborales. De esta suerte, la celebración por las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas, en el ejercicio de su autonomía colectiva, de un acuerdo interprofesional, en el marco del artículo 83.3 del ET, para establecer planes de pensiones o de previsión social empresarial en los convenios colectivos sectoriales, de ámbito superior a la empresa y de empresa, fijando, en su caso, una regulación supletoria en defecto de la que contuviesen los convenios colectivos de dichos ámbitos, constituiría un instrumento apropiado para la implantación de dichos planes a través de la negociación colectiva, que guardaría la debida observancia del artículo 41, segundo inciso, de la CE y satisfaría la realización de su artículo 37.1.

Es llegado el momento, no obstante, de recuperar el papel de la ley en esa implantación de sistemas de previsión social empresarial a través de la negociación colectiva para dar respuesta a la segunda cuestión formulada por las asociaciones solicitantes de este Dictamen.

El artículo 37.1 de la Constitución, si no se considera plenamente desconstitucionalizado y abandonado a la libre configuración del legislador, ¿permite a la ley ordenar a la negociación colectiva estatutaria el establecimiento obligatorio de sistemas de previsión complementaria empresarial?. La problemática sería la misma para la negociación colectiva de eficacia limitada, también amparada en el derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 de la Constitución, aunque a los efectos perseguidos interesan únicamente los convenios colectivos de eficacia general. Es de valorar en las proposiciones de *lege ferenda* que puedan formularse en este Dictamen si el legislador reformador futuro habría de actuar o no sobre el título III del Estatuto de los Trabajadores, cuestión de política legislativa que, como se dirá, no es banal. Muy al contrario, la elección del camino reformador será en la cuestión que a continuación se aborda particularmente sensible.

III.- EL ARTÍCULO 37.1 DE LA CONSTITUCIÓN

“La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

1. ADVERTENCIAS PREVIAS

Es necesario asomarse al análisis del artículo 37.1 de la CE, reconociendo que se trata de un precepto que, pese al tiempo transcurrido, “sigue sin contar con una jurisprudencia [constitucional] firme y fundamentada, estando algunos de [...]”los núcleos fuertes ... del contenido y límites de las garantías constitucionalizadas”) abiertos a interpretaciones resueltamente divergentes. Las [...] SSTC 119/2014 [...] y 8/2015 [...], dictadas ambas al sustanciar sendos recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Título III del Estatuto de los Trabajadores (ET) reformados por la Ley 3/2012 ilustran de manera ejemplar esta aseveración” (F. Valdés Dal-Ré, “Artículo 37.1. El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en M. Rodríguez-Piñero y M.E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, cit., pág.1222). El propio Valdés Dal-Ré nos proporciona la información de que hasta marzo de 2018 los pronunciamientos de interpretación del artículo 37.1 de la CE alcanzaban el número modesto, en comparación con los destinados a otros aspectos de las relaciones de trabajo colectivas, que “se situaba en una zona intermedia entre el centenar y medio y los dos centenares, debiendo destacarse el progresivo descenso de procesos constitucionales en la materia durante el curso de la última década” (*ibid.*). En efecto, desde marzo de 2018 se han sumado a la lista tan solo tres sentencias y un auto.

Esas decisiones, además, se han dictado mayoritariamente en procesos de amparo -a través de la inclusión del derecho a la negociación colectiva en el contenido esencial del derecho “amparable” de libertad sindical de los sindicatos del artículo 28.1 de la CE- con la consecuencia de que el derecho constitucional “autónomo” a la negociación colectiva ha sido escasamente perfilado en la jurisprudencia de control de la ley, entremezclándose, cuando se ha hecho, con juicios o consideraciones de legalidad ordinaria y con cánones en ocasiones sujetos a un alto grado de coyunturalidad -a la grave crisis económico-financiera y de empleo en que se dictó la legislación reformadora de 2012- por determinación del propio Tribunal Constitucional, pese a que esa coyunturalidad se haya ido reiterando en la jurisprudencia constitucional.

Esa ausencia de doctrina constitucional unívoca sobre la esencial cuestión del contenido o contenidos esenciales que el artículo 37.1 de la CE impone al ejercicio del poder político del legislador democrático (art. 53.1 CE), y las diferencias entre las decisiones de la primera época y las mas recientes, a las que se añaden las existentes en la doctrina científica, no permiten afrontar esta parte esencial del Dictamen con todos los elementos de certeza que serían

deseables a efectos de proponer soluciones legislativas que solventen efectivamente la penuria de los sistemas complementarios de pensiones en la negociación colectiva, señaladamente sectorial. Pese a todo, hay en la jurisprudencia constitucional algunos resultados seguros de relevancia innegable. A ellos me acogeré, exponiendo donde no haya seguridad las interpretaciones posibles o alternativas a las que personalmente considero más ajustadas al artículo 37.1 de la CE y mayoritarias en la jurisprudencia constitucional.

La negociación colectiva es un “instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo” (SSTC 208/1993, FJ 4; 8/2015, FJ 2; 123/2018, FJ 6). No es cuestión de reiterar ahora las conexiones genéticas, funcionales y de sentido entre los sistemas de previsión social empresarial, y, en concreto entre los planes de pensiones del sistema de empleo y otros instrumentos de compromisos empresariales por pensiones, y las relaciones de trabajo, que sitúan a los sistemas o prestaciones complementarias de la Seguridad Social entre los intereses recíprocos de los trabajadores y empresarios que compone el poder de autorregulación de la negociación colectiva ex artículo 37.1 de la CE. No debe olvidarse que la negociación colectiva se vincula al fin, ya reseñado, de “la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores” y al “bienestar social general” (SSTC 58/1985, FJ 6; 142/1993, FJ 11; 208/1993, FJ 4). Tiene, pues, un papel que cumplir en el establecimiento y ordenación de los sistemas de previsión social empresarial, que contribuyen a ese fin.

Es preciso hacer notar, sin embargo, que ha sido el legislador mercantil - título competencial principal, delimitado por el Tribunal Constitucional, bajo el que el legislador estatal ha aprobado la legislación sobre planes de pensiones- el que ha procedido a dar entrada, de modo insuficiente, a la negociación colectiva en la organización de los planes de pensiones del sistema de empleo, no el legislador laboral. Si bien se mira, es explicable, no justificable, que así sea, ya que esa referencia marginal a la negociación colectiva se efectúa por una ley mercantil, además, según su particular visión de los planes de pensiones, en la que son un instrumento al servicio de los mercados financieros; y en la que los planes de pensiones del sistema de empleo no pasan de ocupar una variedad sin ambición para dar visibilidad y significado jurídico -y político- a los sistemas complementarios de previsión social empresarial y al segundo pilar de las pensiones

La principal consecuencia de esta constatación elemental es que la Ley de Planes y Fondos de Pensiones es un texto con una regulación absolutamente inadecuada a los fines reformadores que se pretenden, que, por lo mismo, debe ser modificada para invertir sus apreciaciones de valor y sus soluciones técnicas. Su reforma, central en importancia, ha de proveerla de normas y de técnicas que han de comenzar por estimular positivamente, o imponer si fuera

constitucionalmente posible porque se salvaguardaran debidamente, si existen, los contenidos vinculantes del artículo 37.1 de la CE, a los convenios colectivos la función de desarrollar la previsión social empresarial. Ciertamente que para el legislador mercantil es aventurarse en un territorio ajeno, pero, en la diversidad y unidad del ordenamiento jurídico, no es una dificultad insalvable, como prueban las leyes del Estado que hacen derivar su diversa regulación material de distintos títulos competenciales.

Yendo ahora al ordenamiento laboral, ha de decirse que a aquella negativa consecuencia ha de añadirse otra, de importancia no menor, también negativa. La ley de desarrollo del artículo 37.1 de la CE, que es parcialmente el título III del ET, que “no agota la virtualidad del precepto constitucional” (STC 73/1984, FJ 2), pero que es la ley que garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios, a través de una determinada modalidad de convenios colectivos de eficacia personal general y fuerza normativa, no se refiere explícitamente a los sistemas complementarios de las prestaciones de Seguridad Social, menos a los planes o compromisos por pensiones, en la conformación abierta que hace del contenido de los convenios colectivos objeto de su regulación (“cuantas otras” materias “afecten a las condiciones de empleo”: artículo 85.1 del ET) dentro del respeto a la libertad de contratación de las partes negociadoras y a las leyes. Sólo la regulación por la norma estatutaria laboral de la sucesión de empresa alude expresamente a “los compromisos de pensiones” y a la “protección social complementaria”: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente” (art. 44.1, párrafo 1º).

Es sabido que, en nuestro ordenamiento constitucional, las relaciones entre la ley y el convenio colectivo no se asemejan a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada (STC 58/1985, FJ 3). De modo que el convenio colectivo no precisa de la autorización o delegación de la ley para desenvolver su poder de autorregulación de condiciones de trabajo, en el ámbito de las relaciones de trabajo. Importa menos, como veremos, el silencio de la norma laboral. Sin embargo, la implicación de la Ley de planes de pensiones en la vinculación de los planes de empleo, e instrumentos empresariales que canalicen compromisos por pensiones, a los convenios colectivos, como fuente de su establecimiento y ordenación, es absolutamente esencial para su lograr su establecimiento y expansión a las empresas medianas y pequeñas, de modo que los sistemas de previsión social empresarial tomen una entidad significativa. El legislador de los sistemas de previsión social empresarial no puede funcionar

como el legislador laboral, dejando a la negociación colectiva un espacio libre de impedimentos. Ha de llamar expresa y positivamente a la negociación colectiva a organizar esos sistemas y hacerlo con una capacidad de estimulación suficiente, cuyos grados de intensidad, constitucionalmente posibles, expondré en esta parte del Dictamen.

Antes desarrollaré la cuestión aquí planteada como primera en el orden de análisis del artículo 37.1 de la CE. Anunciando que el hecho de ser el título III del ET “la ley del derecho a la negociación colectiva”, en la modalidad paradigmática del ordenamiento español, obligará a considerar la necesidad y, en su defecto la oportunidad o la conveniencia o la falta de oportunidad o de conveniencia, de dirigir las reformas legislativas, al servicio de los objetivos que quieren alcanzarse, también al título III del ET.

2. EL ESTABLECIMIENTO POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (ESTATUTARIA) DE SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL EMPRESARIAL. DE NUEVO, SOBRE EL ESTABLECIMIENTO POR LEY DE SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL EMPRESARIAL CUYA OBLIGATORIEDAD SE ACTIVE POR SU ACEPTACIÓN POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (ESTATUTARIA)

Esa primera cuestión es la relativa a la indiscutible viabilidad jurídica de los convenios colectivos estatutarios para articular este tipo de planes de previsión social empresarial o planes de pensiones. No sería necesario despejar algo ya resuelto si no fuera porque las regulaciones legales, laboral del contenido de los convenios colectivos y mercantil de los planes de pensiones del sistema de empleo, merecen, unas someras consideraciones, respectivamente, explicativas y críticas, de sus propias previsiones. Esas consideraciones son coherentes con el desarrollo argumental que seguirá y, en todo caso, con la solución, que aquí se defiende, de proponer la reforma de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones para que apele expresa y positivamente a la negociación colectiva, y permitir así la ampliación de sus funciones y su plena efectividad.

En el ámbito laboral es doctrina asentada que las mejoras voluntarias de Seguridad Social, y otras técnicas de previsión social financiadas por las empresas, pueden formar parte del contenido de un convenio colectivo estatutario. El reconocimiento por el artículo 85.1 del ET de la amplia capacidad normativa de los convenios colectivos, presidida por la libertad de sus contenidos socio-laborales dentro del respeto a las leyes, ofrece plena cobertura para negociar y acordar esta materia. Sin embargo, en la reforma operada por la Ley 11/1994 se eliminó del artículo 85.1 del ET de 1980 la alusión expresa que aquel precepto originario efectuaba a la materia “asistencial”, y así se ha mantenido en su redacción vigente. Su interpretación doctrinal hubo de explicar que el precepto

legal reformado aceptaba la previsión social o los planes de pensiones de empleo como contenido posible de los convenios colectivos estatutarios, interpretación que las reformas legales posteriores de otros preceptos del título III del ET confirmaron. Las reformas de su artículo 82.3 por el Real Decreto-ley 3/2012 y por la posterior Ley 3/2012 comprendieron en el elenco de materias sobre las que cabe inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo estatutario aplicable, de sector o de empresa, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

El reconocimiento expreso por el artículo 39 de la LGSS de 1994 de las mejoras voluntarias nacidas de la negociación colectiva, así como su regulación en los artículos 191-194 de la propia Ley, abonó inmediatamente esa interpretación, acorde con la libertad contractual colectiva constitucional del artículo 37.1 CE y legalmente reconocida. Los planes de previsión social y los planes de pensiones, articulados mediante negociación colectiva, pueden tener, así, anclaje jurídico, no sólo en los artículos 85.1 y 82.1 del ET, sino también en los artículos 43 y 238-241 de la LGSS vigente. Esta admisión tiene reflejo procesal en el art. 2.q) de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, que atribuye a los órganos del orden social el conocimiento de las cuestiones litigiosas promovidas en “la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo [...]”

Por su parte, la regulación específica de los planes de pensiones de empleo en su Ley propia confirmó, con una única referencia concreta y temporal en la Ley de 1987 a las compromisos por pensiones “formalizados en Convenio Colectivo o disposición equivalente” (disposición transitoria sexta.6), y confirma con algunas previsiones más en el texto refundido vigente, a su vez, esta admisión indiscutible, pues entre sus modalidades de planes de pensiones, el artículo 4 prevé, en el sistema de empleo, los articulados por la negociación colectiva.

A partir de esta premisa, la integración de un plan de previsión social o plan de pensiones en el contenido de un convenio colectivo estatutario se somete a la fuerza vinculante y los efectos generales de los artículos 3.1.c) y 82.3 del ET, con las singularidades de su Ley específica, que atribuye, como antes se vio, un papel relevante al consentimiento individual del trabajador en su artículos 4.1.a), último párrafo, y 9.4, párrafo 3º, tan relevante que excepciona la eficacia vinculante general del convenio colectivo estatutario, causa por la que he propuesto su derogación o su reforma.

La experiencia, finalmente, de planes de pensiones articulados por la negociación colectiva muestra, empíricamente, esta viabilidad indiscutible, que

convierte la vía convencional colectiva en un cauce adecuado de implantación acordada entre las partes de mecanismos de previsión social, voluntaria y complementaria, del régimen público de seguridad social, y de manera singular de los planes de pensiones y de compromisos empresariales por pensiones.

Es manifiesta, sin embargo, la inacción de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones sobre la negociación colectiva. No se trata de que esta Ley, una ley mercantil sin perjuicio de que pudiera contener preceptos correspondientes a otras materias, como la laboral, a efectos de su justificación competencial, acometa una tarea que no le compete, como sería la regulación de la negociación colectiva, sino de que dicha Ley acepte el modelo de negociación colectiva articulado por el ET sobre la eficacia general de los convenios colectivos y promueva su participación en el establecimiento de los planes de pensiones de empleo. En efecto, si se busca una política legislativa de estimulación o incentivación de la implantación de los planes de pensiones por los convenios colectivos sectoriales, la reforma de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones es incuestionable.

Sus referencias a los convenios colectivos, en su regulación de los planes del sistema de empleo, son contadas, fragmentarias y casi siempre marginales. Dejando a un lado la regulación de sus disposiciones adicional primera (“Protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores”) y transitoria quinta (“Régimen transitorio de acomodación de los compromisos por pensiones mediante planes de pensiones”), además de los preceptos ya analizados, su articulado se limita a dar pasivamente noticia de que los planes de pensiones de promoción conjunta pueden constituirse por empresas de un mismo grupo, por pequeñas y medianas empresas, y por varias empresas que tengan asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva estatutaria de ámbito superior al de empresa, la regulación de cuyas condiciones específicas se remiten ¡al reglamento! [arts. 4.1.a), párrafo 5º, y 7.2, párrafo 9º]; de que mediante acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial puede establecerse el proyecto inicial de un plan de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta para las empresas incluidas en su ámbito y [art. 9.1.a), párrafo 4º]; de que la integración del colectivo de trabajadores en cada subplan del plan de empleo y la diversificación de las aportaciones del promotor debe realizarse de conformidad con los criterios establecidos, en su caso, mediante acuerdo colectivo [art. 4.1.a), párrafo 6º]; de que el acuerdo colectivo puede establecer los criterios de diferenciación de aportaciones del promotor correspondientes a cada partícipe en los planes de empleo [art. 5.1.a).2º]; de que mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores pueda modificarse el régimen de prestaciones y aportaciones o cualesquiera otros extremos, y en su caso la consiguiente adaptación de la base técnica, si así lo prevén las especificaciones del plan de empleo [art. 6.3, párrafo 2º]; y de que las comisiones negociadoras o

paritarias de los convenios colectivos pueden designar o coincidir con los miembros de las comisiones de control o de las promotoras de los planes de empleo de empleo y de promoción conjunta [arts. 7.2, párrafo 4º y 10º y 9.1.a), párrafos 3º y 4º]. Y nada más. La desustancialización de los planes de promoción conjunta es verdaderamente notable, y, en el resto, el engranaje de los planes de empleo se sostiene en los acuerdos entre las empresas y las representaciones de los trabajadores, de cualquier eficacia.

No creo exagerado afirmar que la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones plasma una política de difuminación o devaluación de la negociación colectiva, al limitar su eficacia vinculante, y de virtual desconocimiento de los convenios colectivos sectoriales, únicamente vinculados a los planes de promoción conjunta. Sólo en tres ocasiones, a propósito de los planes de empleo de promoción conjunta, la Ley de Planes y Fondos de Pensiones se refiere, con verdadera desgana, a “un acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior al de empresa”, a “acuerdos de negociación colectiva *estatutaria* de ámbito supraempresarial”, y a un “acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial” [arts. 4.1.a), párrafo 5º, 7.2, párrafo 9º, y 9.1.a), párrafo 4º].

Falta un precepto tan elemental, que debería abrir la regulación legal de los planes de pensiones de empleo, como el que ordenara la vinculación genética y funcional de los planes de pensiones del sistema de empleo a la negociación colectiva de ámbito sectorial estatal, y subsidiariamente de ámbito inferior, a cuya finalidad cabrían formulaciones normativas de distinta intensidad y concreción. A título de ejemplo: “*Los planes de pensiones del sistema de empleo se establecerán por la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios*”; “*Los convenios colectivos sectoriales [estatales], y en su defecto, los convenios colectivos de ámbito inferior, [incluidos los de empresa], establecerán [libremente] planes de pensiones del sistema de empleo*”; “*Mediante los convenios colectivos sectoriales [estatales], y en su defecto, los convenios colectivos de ámbito inferior, [incluidos los de empresa], se establecerán [libremente] planes de pensiones del sistema de empleo*”; o, invirtiendo el orden para realzar la institución regulada en su ley natural: “*Los planes de pensiones del sistema de empleo se establecerán mediante [el acuerdo libremente adoptado por] los convenios colectivos sectoriales [estatales], y en su defecto, los convenios colectivos de ámbito inferior [incluidos los de empresa]*”. Sin necesidad de modificar el ET.

No hay, en las prescripciones normativas propuestas, ninguna obligación dirigida a la negociación colectiva, a los convenios colectivos sectoriales y, en su caso, a los de ámbito inferior, de acordar planes de pensiones o sistemas de previsión empresarial, estableciéndolos efectivamente. La propuesta sería una regulación de incentivación de la negociación colectiva sectorial, y de empresa

en su defecto, que habría de acompañarse de otras técnicas jurídicas de incentivación (fiscal, de contenido regulatorio adecuado de los planes a la vista de los defectos comprobados), para que los convenios colectivos cumplieren, en la realidad, la función creadora que la reformada Ley de Planes y Fondos de Pensiones les encargara.

Es mas que obvio que la libertad de negociación colectiva y de las prestaciones complementarias (arts. 37.1 y 41, segundo inciso, CE) no impide al legislador promover activamente los acuerdos de planes de previsión social adoptados en convenios colectivos estatutarios sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, con incentivos fiscales o de otro tipo.

Esta nueva regulación supondría un cambio relevante respecto de la vigente, pues comprometería a la negociación colectiva en la realización de las prestaciones complementarias libres que ha previsto la Constitución. La posibilidad de establecer mecanismos mas efectivos para implantar y extender la previsión social empresarial plantea una problemática constitucional difícil, en cuyo análisis se entra a continuación.

3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL COMO DERECHO DE LIBERTAD

Bien se comprende que el análisis de esta parte del Dictamen haya de contrastar la legitimidad constitucional de la eventual decisión de la ley de imponer la obligatoriedad del establecimiento de planes de previsión social a través de la negociación colectiva sujeta al título III del ET, en principio de cualquier ámbito, con el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, tal y como lo formula el artículo 37.1 de la CE, de forma paralela a como se ha hecho con su artículo 41, segundo inciso. No obstante, este precepto constitucional, su exigencia de libertad, deberá comparecer también en el análisis.

3.1. Las interpretaciones del artículo 37.1 de la Constitución

El significado jurídico-constitucional del precepto constitucional puede ser objeto de tres interpretaciones extraíbles de pasajes de decisiones de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina científica. Siguiendo el orden cronológico de la jurisprudencia constitucional, no de la doctrina jurídica, que, aun con muchos matices que no son de este lugar, ha sido el inverso, esas tres interpretaciones son:

A) En una primera interpretación, el artículo 37.1 formula una doble garantía de reconocimiento directo e inmediato del derecho a la negociación de convenios colectivos, como derecho de libertad, con fuerza vinculante y, simultáneamente, de mandato al legislador para garantizar este derecho y la eficacia jurídica vinculante de los convenios (derecho y doble garantía institucional).

B) En una segunda interpretación, el artículo 37.1 es ubicado en la categoría jurídica de las garantías institucionales, al preservar constitucionalmente la presencia de un sistema de libertad de negociación colectiva, sin injerencias o interferencias públicas, con el límite constitucional, dirigido esencialmente al legislador, de la fuerza vinculante de sus resultados.

C) En una tercera interpretación, el artículo 37.1 contiene un mero mandato al legislador sin proyección constitucional inmediata, estando en manos exclusivas de la ley la regulación de la negociación colectiva con convenios colectivos vinculantes.

El Tribunal Constitucional ha acogido claramente la tesis de la doble garantía en su primera doctrina y ha otorgado una eficacia directa e inmediata al artículo 37.1 con todas sus consecuencias, tanto en el ejercicio del derecho como en la eficacia jurídica de los convenios colectivos. La importante STC 58/1985, ya citada en este Dictamen, declara que *“el mandato que el art 37.1 CE formula a la ley de garantizar la fuerza vinculante de los convenios no significa que esta fuerza venga atribuida ex lege”*, para, a continuación, afirmar que ésta *“emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador”*. En este planteamiento, como concluye la STC 58/1985, la negociación colectiva es *“una facultad que no deriva de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional”* (FJ 3).

Sobre esta premisa, está constitucionalmente garantizado el derecho a la negociación colectiva con un contenido esencial, que la ley debe respetar ex artículo 53.1 de la CE.

Años después la STC 208/1993 dijo que *“[e]l reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el art. 37.1 C.E. supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias, y asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo. Al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado [...]”* (FJ 3).

En este entendimiento, el artículo 37.1 reconoce un derecho subjetivo fundamental de libertad de negociación de los representantes de los trabajadores y empresarios y de alcanzar un convenio colectivo para materializar su poder de autorregulación de las condiciones de trabajo sin injerencias públicas injustificadas, que se impone al legislador (art. 53.1 CE). Además, este derecho se impone también como una garantía institucional, que, como tal, compromete la acción del legislador para asegurar la efectividad del poder de autorregulación colectiva y la eficacia jurídica de los convenios colectivos.

Sin embargo, conforme a la más reciente jurisprudencia constitucional (SSTC 119/2014 y 8/2015), “*no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva*”, siendo las reglas del sistema de negociación colectiva de amplia “*configuración legal*” y el derecho a la negociación colectiva un derecho “*de configuración legal*” o “*esencialmente de configuración legal*”, y debiendo los convenios colectivos respetar las normas legales [FJ 6.a) y FFJJ 2.e) y 6.c), respectivamente]. Obviamente, esta interpretación ensancha el espacio del legislador hasta hacer disponible el contenido entero del precepto constitucional, carente de un contenido esencial con el que sujetar cualificadamente al legislador democrático.

No obstante, el respeto a un mínimo “*contenido esencial*” de este derecho constitucional parece también presente en estas decisiones, señaladamente en la STC 119/2014. Es cierto, afirma dicha sentencia, “*que el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva por el art. 37.1 CE comporta, como contenido esencial, la libertad de contratación; asimismo dentro de este derecho constitucional se integra la libertad de estipulación, entendida como facultad de las partes de seleccionar las materias y contenidos a negociar. Sin embargo, esa facultad de estipulación no es absoluta sino que, por razones justificadas, puede quedar limitada por la ley en cuanto a las materias objeto de negociación o el sentido en que pueden ser reguladas por la autonomía colectiva*” [FJ 3.c); sobre regulación legal indisponible por la negociación colectiva].

También parece reconocer el carácter de derecho fundamental del derecho a la negociación colectiva el pasaje de la STC 119/2014 que asegura que “*el mandato que el art. 37.1 CE dirige al legislador de garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios no priva a las garantías contenidas en ese precepto constitucional de eficacia inmediata*”; añadiendo que la “*facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva no es una facultad derivada de la ley sino que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional*”, con cita de la STC 58/1985 [FJ 4.A)] Hace también suya la STC 119/2014 la interpretación constitucional del artículo 37.1, antes transcrita de la STC 208/1993 [FJ 4.A)]. Nada de esto aparece en el cuerpo argumental de la STC 8/2015, aunque contenga remisiones continuas a su

precedente y, como aquélla, esté llena de juicios de proporcionalidad (técnica ponderativa aplicable a las limitaciones legales de los derechos fundamentales, respetado su contenido esencial, por otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos).

Pese a la incertidumbre que aportan las SSTC 119/2014 y 8/2015, puede concluirse que, en la jurisprudencia constitucional, la negociación colectiva se presenta, simultáneamente, como un derecho de *libertad negocial* y como una *garantía institucional* que asegura la presencia de un sistema de negociación colectiva. De un lado, la negociación colectiva es, en esencia, una *libertad* de negociar convenios colectivos, que no consiente interferencias impeditivas u obstaculizadoras de los poderes públicos. De otro lado, la negociación colectiva es un *sistema* de autorregulación colectiva que debe ser garantizado por el legislador, tal y como ordena el artículo 37.1 sobre la base de convenios colectivos con fuerza vinculante (SSTC 58/1985 y 208/1993).

El artículo 37.1 llama a la ley para garantizar el derecho de autorregulación y la fuerza vinculante de los convenios (SSTC 58/1985 y 208/1993). La ley puede disponer y limitar ambos, por su mayor jerarquía en el sistema de fuentes, lo que ha de hacer justificada y proporcionalmente, en aras de la protección o preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (SSTC 119/2014 y 8/2015). Cuestión distinta es la de las relaciones entre la ley y los convenios colectivos, estando éstos subordinados a aquélla y a sus condiciones de regulación material imperativas (STC 210/1990, por todas).

3.2. El contenido esencial del derecho a la negociación colectiva: en concreto, la libertad de contratación colectiva. Y una reforma legal, de dudosa constitucionalidad, del artículo 85.3 del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones: la técnica del contenido mínimo de los convenios colectivos de eficacia general

El ámbito de *libertad* negocial, que en la cuestión que nos ocupa de la viabilidad constitucional de la imposición por la ley de determinados contenidos a la negociación colectiva es la que más interesa, recibe protección constitucional, tanto del lado de los representantes de los trabajadores, como de la representación empresarial. El artículo 37.1 constitucionaliza, así, la autonomía de la voluntad colectiva o libertad contractual, entendida como un conjunto de reglas de acción negociadora a través de las cuales los representantes de los trabajadores y empresarios defienden los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE). Esta libertad contractual se ejercita, fundamentalmente, frente a un poder público que no puede interferir, obstaculizar o limitar injustificadamente la libre negociación colectiva garantizada

constitucionalmente, con el valor añadido de la fuerza vinculante de sus resultados. En este sentido, esencialmente, la Constitución consagra un ámbito de autonomía privada de la voluntad, de dimensión colectiva, que no puede ser sacrificado ni violentado por los poderes públicos. ¿Puede el legislador realizar sus objetivos políticos, legítimos, algunos de ellos constitucionalmente justificados en otros derechos y bienes constitucionales, condicionando o limitando ese ámbito de autonomía privada de la voluntad colectiva y sindical? Recuérdese que la Constitución sujeta a la ley “en todo caso” a respetar el “contenido esencial” de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo de su Título I (art. 53.3). Además, el derecho a la negociación colectiva forma parte del *contenido esencial* del derecho de *libertad* sindical de los sindicatos en su vertiente funcional (art. 28.1 CE). Pero esta construcción, inconcusa de la jurisprudencia constitucional, tiene otra significación jurídica.

La cuestión capital a la que este Dictamen ha de responder es la referida a si la libertad de negociación es o no contenido propio del derecho a la negociación colectiva, cuya observancia es parámetro de la conformidad a la Constitución de la acción del legislador. Y aunque en tan determinante cuestión la jurisprudencia constitucional, y la propia acción del legislador de desarrollo del artículo 37.1 de la CE, no es totalmente segura, la posición doctrinal mayoritaria, interpretando la interpretación, asimismo mayoritaria, del Tribunal Constitucional, identifica el genuino contenido del derecho, como tal indisponible por el legislador, con esa libertad de negociación de los representantes de los trabajadores y empresarios para alcanzar un convenio colectivo vinculante en que se materialice su poder de autorregulación de condiciones de trabajo, ampliamente entendidas. La garantía legislativa que el artículo 37.1 de la CE consagra está al servicio de ese derecho fundamental de libertad y de la fuerza vinculante de sus resultados libremente negociados.

Dentro de ese contenido esencial de libertad cabe diferenciar distintas dimensiones, siguiendo a la doctrina constitucional y a la doctrina jurídica especializada, que la ley debe garantizar y respetar por mandato del artículo 53.3 CE: *libertad de negociar*, entendida como la facultad del sujeto negociador de iniciar o no el trato contractual con la otra parte y de desarrollar la negociación conforme a sus estrategias, sin interferencias públicas, que no perjudican la función del legislador de adoptar acciones positivas o de promoción de esa libertad en aras de su efectividad y eficacia; *libertad de elección del ámbito convencional*, que asegura la libertad las partes negociadoras para elegir el ámbito o unidad de negociación en que desean desarrollar su actividad contractual colectiva, sin perjuicio de que el legislador pueda encargar la regulación de ciertas materias a los convenios de determinados niveles negociales por razones justificadas y proporcionadas, configurando políticas de centralización o descentralización de la negociación colectiva (SSTC 119/2014 y 8/2015); *libertad de selección de materias a negociar o libertad de estipulación*;

libertad de acuerdo o de contratación; libertad de administración del acuerdo, pues la gestión del convenio colectivo pertenece al ámbito de las decisiones bilaterales de sus firmantes, sin que puedan existir injerencias públicas o externas en la administración de lo convenido, excepción hecha de la intervención judicial. Están avaladas las comisiones paritarias en ejercicio de esta libertad bilateral (SSTC 74/1983 y 217/1991).

Interesa, en la cuestión analizada, destacar las libertades colectivas, constitucionalmente garantizadas, de *selección de las materias a negociar y de acuerdo*.

La *libertad de elección de las materias a negociar* por los sujetos negociadores, sin una imposición por los poderes públicos, se desarrolla en el marco de la disponibilidad de aquéllos para dotar de contenido sustantivo a las materias seleccionadas, condicionado por la naturaleza jurídica de las normas vigentes, dentro del pleno respeto a la Constitución y a ley imperativa. Los sujetos negociadores pueden negociar todo lo que no está prohibido, siendo libres para seleccionar las materias, abrir negociaciones sobre las mismas y regularlas bilateralmente una vez alcanzado el acuerdo. Allí donde positivamente son llamados a colaborar con la ley, para la realización de los objetivos de ésta, que puede incluso condicionar la efectividad de su regulación a la actuación de la negociación colectiva, reciben un incentivo para regular esas materias, si bien son libres para atender la llamada del legislador o no hacerlo. La exclusión por el legislador de determinadas materias del derecho de negociación colectiva, bajo formas de prohibición de regulación por la negociación colectiva, o de recurso a mandatos legales de derecho necesario, es constitucionalmente posible si la restricción está constitucionalmente justificada y es proporcional a su fin. La libertad de estipulación no es absoluta -se recordarán las palabras de la STC 119/2014-, siendo posible su limitación por la ley por razones justificadas, bien en cuanto a las materias objeto de negociación, bien en cuanto al sentido en que pueden ser reguladas por la autonomía colectiva.

De lo que aquí se trata es de determinar la licitud de una intervención legal limitativa de esa libertad, que requiera a los convenios colectivos, a todos o, a los de determinado ámbito, los sectoriales, negociar sobre los sistemas complementarios de previsión empresarial, limitando también la ley la libertad de los sujetos negociadores de elección de la unidad de negociación, o sin que esa adicional limitación sea necesaria, al abrirse la negociación de los sistemas complementarios de previsión empresarial a todos los convenios, o, según una fórmula de subsidiariedad, a los de ámbito inferior, en defecto de los sectoriales.

La libertad de contratación o libertad de acordar se entiende *absoluta*. Ese carácter podría inferirse también de las palabras de la STC 119/2014 (*a contrario sensu*, respecto de la libertad de estipulación), como de la interpretación del

legislador plasmada en la regulación del artículo 85 del ET, que proclama su respeto a “la libertad de contratación que se reconoce a las partes”, a “la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos” (apartado 1, párrafo 2º, apartado 2, párrafo 2º, y apartado 3), no obstante excepcionarla, en su regulación vigente, como veremos, a través de la singular técnica de la exigencia de un “contenido mínimo” a los convenios colectivos sujetos al ET (art. 85.3).

La lógica del derecho a la negociación como derecho de libertad conlleva que el resultado de las negociaciones pertenezca al ámbito de las decisiones bilaterales de los sujetos negociadores, que pueden, libremente, alcanzar o no acuerdos. El texto constitucional desecha, en principio, un sistema de deber de suscribir un convenio colectivo en alguna materia o en un determinado ámbito, así como los arbitrajes obligatorios (STC 11/1981, FJ 24), si bien el Tribunal Constitucional ha aceptado la fórmula de decisión arbitral final a través de comisiones tripartitas, estatal o autonómicas, de los desacuerdos en las inaplicaciones o descuelgues convencionales, “en un contexto de grave crisis económica” y siempre que se garantice el ulterior conocimiento jurisdiccional del fondo de la decisión para satisfacer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución (STC 119/2014, FJ 5, y 8/2015, FJ 5).

Conforme a la doctrina que estimo avalada por el Tribunal Constitucional, la hipótesis de una ley que obligara a *pactar* en los convenios colectivos, de cualquier ámbito o de determinado ámbito, sistemas empresariales complementarios de las prestaciones de Seguridad Social o planes de pensiones de empleo, encontraría oposición en el artículo 37.1, en distintas dimensiones constitucionales de la libertad de negociación colectiva. De este modo, una reforma legal de estas características no se avendría a las libertades contractuales de selección de la materia a negociar, aunque esta libertad admitiría limitaciones justificadas (STC 119/2014) y, obviamente, de acordar o contratar.

Ésta es, como se comprende bien, por la insistencia que se viene haciendo sobre ello, la cuestión más ardua comprometida en esta Dictamen, pues, si se parte de que la libertad de contratación o acuerdo es contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, es difícil admitir que quepa ponderación entre esa libertad y los derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos, proclamados por la Constitución, y no por el legislador por legítimos que estos sean, que pudieran llegar a justificar la decisión del legislador de limitar o excluir su aplicación en una determinada materia. La realización la garantía de igualdad de las prestaciones complementarias de la Seguridad Social al ofrecer el legislador remedio a las carreras laborales mas precarias y con menores remuneraciones para garantizar, al tiempo, el derecho a una remuneración suficiente (arts. 1.1, 14, 9.2, y 35.1 CE), así como el propio fortalecimiento de la

negociación colectiva (art. 37.1 CE) sectorial destinada a este fin, sigue, dejando abierta la cuestión previa y decisiva de si existe límite en el artículo 37.1 de la CE para la ley. Aparte de que esta última justificación podría incurrir en una contradicción -constreñir el derecho a la negociación colectiva para facilitar su extensión, haciendo de la cuestión supuesto- que la privase de valor como medida del juicio de proporcionalidad.

Sobre ello, y como ya ha sido analizado previamente, desde la otra vertiente constitucional del problema, las prestaciones de esos sistemas empresariales o planes de pensiones dejarían de ser libres, contrariando las exigencias del artículo 41. La libertad negociadora del artículo 37.1 conecta, desde esta dimensión, con la exigencia de prestaciones libres del artículo 41 en los planes de previsión social empresarial, desembocando, en principio desde un doble motivo, en el resultado apuntado: una ley que obligara a acordar en convenios colectivos, de cualquier ámbito, dichos planes no sería conforme al artículo 37.1 y no se compadecería con el artículo 41, ultimo inciso, de la Constitución, salvo, en el caso de este último precepto constitucional, que fuese auxiliada por la voluntad individual de los destinatarios de los sistemas de prestaciones complementarias. El artículo 41 de la CE demanda que la *libertad* colectiva negociadora se desenvuelva con autonomía de las partes que acuerdan el convenio colectivo, que, desde ese ejercicio autónomo, puede servir de cobertura al establecimiento, de prestaciones complementarias libres, sin poder ser sometida, para ello, a un deber de acuerdo de los negociadores colectivos por imposición legal.

Hay que reconocer que, sin embargo, el legislador estatutario ha dado muestras de limitar esa libertad en aras de garantizar el propio derecho a la negociación colectiva y, en ocasiones, otros derechos constitucionales, a través de la técnica de la imposición de un “contenido mínimo” a los convenios colectivos sujetos a su regulación.

A) El “contenido mínimo” de los convenios colectivos estatutarios

El ET ha limitado, desde su versión originaria de 1980 y lo sigue haciendo, en su texto vigente, según una evolución ampliatoria, la libertad de acordar de las partes negociadoras de los convenios colectivos, de cualquier ámbito, que han de incorporar las determinaciones materiales de ese contenido legal mínimo. El vigente artículo 85.3 del ET dispone que, “[s]in perjuicio de la libertad de contratación” de los negociadores, los convenios colectivos han de expresar una serie de hasta cinco materias que las partes negociadoras han tenido necesariamente que acordar, pudiendo considerarse esa limitación de su libertad de acordar justificada en beneficio del propio acuerdo, que, a cambio, es premiado con su eficacia normativa y general *ex lege*, a lo que se añade que ese

contenido mínimo se integra de cláusulas de *mera configuración y aplicación del acuerdo*, que no cuestionan la libertad de los negociadores en su adopción: partes negociadoras que han negociado libremente, ámbitos convencionales libremente elegidos, procedimientos de solución acordada de las discrepancias sobre la inaplicación del convenio, vigencia libremente acordada, reglas pactadas de denuncia ante fin de la vigencia, y comisión paritaria y procedimientos de solución de conflictos bajo la libertad de administración acordada.

Sin embargo, incorporar al contenido mínimo de los convenios colectivos estatutarios una materia sustancial concreta, incluso la más obvia como los salarios o las jornadas, o la que motiva este Dictamen, no dejaría de presentar obstáculos a la libertad constitucional de negociación colectiva en su modalidad de libertad de acordar. Esta conclusión, en consecuencia y según lo razonado, sería aplicable a los sistemas de previsión empresarial, si se emprendiese la reforma legislativa del artículo 85.3 del ET para incluirlos en el contenido mínimo necesario de los convenios colectivos estatutarios al no responder a la razón normativa -configuración del convenio de eficacia general y de su administración, y limitación de aquella eficacia general- que, en la regulación vigente, justifica aquel precepto legal, cuyo incumplimiento, por lo demás, según jurisprudencia constante del Tribunal Supremo y en aras de respetar la libertad de acordar, no se sanciona con la nulidad del convenio colectivo, sino con la pérdida del premio o incentivo legal, con la pérdida de su eficacia “estatutaria”.

La opción legal del título III del ET por un convenio colectivo estatutario de eficacia general, basada en la construcción jurídica de la representación legal de intereses por sujetos legitimados para negociar, conforme a su representatividad sindical o empresarial (art. 7 CE), más allá del mandato directo de representación, permite al legislador configurador de esa modalidad específica de convenio colectivo exigir de los negociadores el cumplimiento de determinados requisitos (de legitimación, de procedimiento, de contenido).

En este nivel del desarrollo argumental he de exponer un ejemplo histórico, que, pese a lo dicho, es posible que permitiera defender la constitucionalidad del ejercicio de la potestad legislativa para ampliar el contenido mínimo de los convenios colectivos estatutarios e imponer obligaciones de acordar en los convenios colectivos con el fin de cumplir los objetivos políticos que ya conocemos, cuya conexión, débil ciertamente, con la Constitución transitaría a través de los derechos a la igualdad y a una remuneración suficiente. Sin duda, de ser constitucionalmente y políticamente viable, sería ésta la reforma legislativa más eficaz para la consecución de los objetivos de implantación efectiva de los sistemas de previsión complementaria empresarial, con el pie de

barro que significaría, en tal caso, el sustento final de esa implantación efectiva en la decisión de la autonomía individual.

El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, aprobado a iniciativa del segundo Gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero, reformó preceptos del título III del ET y, entre otros, el citado artículo 85.3, incluyendo una nueva obligación de los sujetos negociadores de los convenios colectivos de acordar sobre materias sustantivas, incorporando al contenido mínimo de los convenios colectivos (nuevo apartado i):

“Medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquella, y, en particular, las siguientes:

1.º Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento.

2.º Los procedimientos y los periodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa”.

En la segunda recesión de la crisis financiero-económica española (2011-2013), el Gobierno, en el engranaje ya del funcionamiento de control económico por la Unión Europea que significa la institución del Semestre Europeo, trató de favorecer, infructuosamente, las medidas de flexibilidad interna y el empleo, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la propia negociación de esas medidas (art. 37.1), frente al ajuste de las plantillas a través de los despidos. La exposición de motivos de la norma de urgencia explicó la reforma legislativa: “Se apunta también como contenido necesario de los convenios el establecimiento de medidas para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, lo que favorecerá su adaptabilidad a los cambios que se produzcan en las condiciones del entorno económico y social, flexibilidad que, para garantizar su equilibrio, deberá ser negociada con los representantes de los trabajadores”.

El precepto legal no fue impugnado ante el Tribunal Constitucional. Convocadas las elecciones generales para el 20 de noviembre de aquel año, fue reformado de nuevo, y suprimida la adición normativa reproducida, por las normas del primer Gobierno del Presidente Rajoy: el RDL 3/2012, de 10 de febrero, convertido en Ley 3/2012, de 6 de julio, refundidas en el texto refundido del ET vigente, obedientes a un diferente modelo legal de relaciones laborales y de negociación colectiva, basado en la ley y en su amplio margen de libertad de configuración y limitación de aquella en beneficio de la decisión unilateral empresarial, aceptado por las SSTC 119/2014 y 8/2015.

Se trató, pues, de una experiencia histórica de reforma legal de muy corta duración y, por ello, de ineffectividad práctica -quizás fuera esa la causa de librarla de impugnaciones de inconstitucionalidad-, pero que prueba que el legislador ha tratado de realizar sus designios políticos, cuando precisa para ello de la negociación colectiva, con el recurso a distintas fórmulas de intervención sobre la libertad y efectividad consustanciales a aquélla en su expresión en los convenios colectivos de eficacia general o estatutarios. A través del “contenido mínimo” de los convenios colectivos estatutarios los legisladores, distintos legisladores, han tratado de satisfacer sus objetivos de desarrollar los procedimientos de solución autónoma de los conflictos laborales, la política de flexibilidad interna, o los procedimientos de las inaplicaciones convencionales y estas mismas inaplicaciones.

No es difícil apreciar, mediante una confrontación mínima, la diferencia de alcance entre la política de flexibilidad interna y las restantes materias del contenido mínimo de los convenios colectivos estatutarios que se encuentran en directa conexión con los propios convenios colectivos y su régimen jurídico propio. El legislador de 2011, urgido por la gravísima situación económica, forzó su incorporación a dicho “contenido mínimo”, justificando su operación reformadora en la función de las medidas de flexibilidad interna de evitación de despidos y en la necesidad de su establecimiento acordado colectivamente como garantía de su equilibrio. A aquella operación reformadora del legislador de urgencia no fue ajena la inteligencia de que el artículo 37.1 de la CE no permitía establecer una obligación de acordar. Existiendo excepcionalmente en nuestro ordenamiento jurídico obligaciones legales de acordar para configurar los convenios colectivos y su gobierno y aplicación mediante la solución de las discrepancias nacidas de su seno y su inaplicación y las suyas, no encontró el legislador otra fórmula técnica para sujetar el derecho a la negociación colectiva a una obligación de acordar, sobre una materia de su interés político, sin perjuicio de su apoyo en la Constitución, mas que a través de su forzado alojamiento en el “contenido mínimo” de los convenios colectivos. Lo que, en mi opinión, al extravasar la finalidad de esa técnica legislativa -nada tiene que ver la flexibilidad interna con la eficacia general de los convenios colectivos estatutarios-, se situó en contradicción con la libertad de negociación contenida en el derecho a la negociación colectiva del artículo 37.1 de la CE

Una reforma similar, que estableciese la obligación legal de acordar sistemas de previsión empresarial como contenido mínimo de los convenios colectivos estatutarios, podría dar respuesta al objetivo de implantar y extender efectivamente los sistemas complementarios o segundo pilar de las pensiones, de carácter empresarial, ante su comprobado fracaso, para extender su acción a las empresas, de acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo y con los objetivos reformadores gubernamentales. Es dudoso que esa reforma legal no encontrase objeciones de inconstitucionalidad desde el artículo 37.1. Ya dije

con anterioridad que toda reforma legislativa arriesga su resultado, más cuando está en juego la norma constitucional y su objeto presenta valoraciones que no son inequívocas en la doctrina constitucional. De aceptarse esta reforma legislativa, que desde mi personal comprensión del artículo 37.1 no se conformaría a su contenido constitucionalizado de derecho de libertad, sería preciso reformar el artículo 85.3 del ET, con la adición de una nueva letra f) a su apartado 3, para enunciar la obligación de que los convenios colectivos incorporasen en su contenido mínimo “sistemas de previsión social empresarial”. Dada la estructura normativa del artículo 85.3, esa reforma afectaría a todos los convenios colectivos negociados conforme al ET, con independencia de su ámbito. De este modo alcanzaría a los convenios colectivos sectoriales y otros, especialmente aptos para extender los sistemas de previsión social empresarial a las pequeñas y medianas empresas. La reforma habría de tener su réplica en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, que habría de reiterar la obligación de los convenios colectivos de acordar esos sistemas, conforme a su contenido mínimo, establecido en el ET.

La operación reformadora, con todo y como se ha indicado ya, no se acomodaría al artículo 41, último inciso, de la CE y a su exigencia de libertad de las prestaciones complementarias, que *únicamente puede satisfacer la autonomía colectiva cuando es tal, esto es, cuando es libre*. De cegarse la voluntariedad colectiva, la libertad de las prestaciones complementarias de Seguridad Social dispondría únicamente del camino hábil de la autonomía de la voluntad individual. Enseguida insistiré sobre ello y sobre la necesidad consiguiente de prescindir de alguna reforma de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, propuesta con anterioridad.

- B) La imposición en los convenios colectivos de la obligación de acordar sistemas de previsión social empresarial al margen de su “contenido mínimo”

La colisión con el artículo 37.1 de la Constitución sería abierta -también lo sería la anterior por su exceso y desconexión de la institución jurídica utilizada- si el nuevo mandato normativo se llevase a Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones -no por llevarse a esta Ley, obviamente, sino por la existencia de condicionamiento a la potestad legislativa en la Constitución- e impusiera directamente a los convenios colectivos sectoriales estatales, o a éstos, y en su defecto, a los convenios de ámbito inferior, la obligación de acordar planes de pensiones de empleo, *al margen o separándose de la cobertura que podría proporcionar la técnica de la legislación laboral de imponer un contenido mínimo a los convenios colectivos estatutarios como garantía o eficacia, o contraprestación, del derecho de negociación colectiva y de su fuerza vinculante general, siguiéndose la experiencia de la regulación de 2011*.

No habría en tal caso que reformar necesariamente el ET, tratándose por ello de una operación reformadora acotada a la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, pues la dificultad de la reforma del ET es notoria, señaladamente en la materia central de la negociación colectiva, y la reforma de Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, por su parte, es obligada para superar la inanidad de sus determinaciones. Pero la imposición por la ley de la obligación de que los convenios colectivos incorporasen planes de pensiones de empleo u otras fórmulas de previsión empresarial se enfrentaría al artículo 37.1, enfrentamiento quizás salvable a través de la interpretación constitucional alternativa a la que mas adelante aludiré, aunque, con seguridad, violentaría el artículo 41, ultimo inciso, de la Constitución. Respecto de este último, vuelvo a insistir, habría que rescatar a la autonomía de la voluntad individual para garantizar la libertad de las prestaciones complementarias, aunque fuese en su modalidad negativa de derecho de oposición a la organización o integración en los planes de pensiones de empleo, debiendo mantenerse en la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones los preceptos de sus artículos 4.1.a). último párrafo, y 9.4, párrafos 3º y 4º, cuya derogación o reforma he propugnado en el epígrafe 2.3 de este Dictamen.

Sería ésta, y la anterior estatutaria, reformas inútiles, salvo que se optase por el favorecimiento de la autonomía de la voluntad individual, lo que debilitaría a la negociación colectiva sobre la que el legislador habría actuado con un cuestionable atenuamiento al artículo 37.1 de la CE y su justificación autorreferencial en el fortalecimiento y extensión de la propia negociación colectiva.

3.3. El establecimiento por ley de un deber de pactar en los convenios colectivos sectoriales procedimientos para acordar en los convenios colectivos de empresa el establecimiento de sistemas de previsión empresarial. Otra reforma legislativa, de posible justificación constitucional, pero carente de eficacia directa

La conclusión negativa antes alcanzada podría, quizás, moderarse, a la vista de alguna experiencia legislativa anterior que pudiera servir de precedente y de la propia regulación estatutaria vigente, si diferenciamos la regulación convencional colectiva de materias sustanciales, que incluso puedan conllevar aportaciones económicas de los destinatarios del convenio, como es el caso, y de *procedimientos*. En el primer caso, vale repetir que no le cabe constitucionalmente al legislador establecer la obligatoriedad del acuerdo, o cabiéndole, si así se considerase, resultaría inútil, pues el convenio colectivo perdería su fuerza vinculante, su fuerza de obligar, al tener que ser disponible por la autonomía de la voluntad individual para acomodarse a las exigencias de libertad del artículo 41 de la Constitución. Sin embargo, *en el supuesto de que*

se pactasen procedimientos para aplicar en las empresas planes de pensiones y sistemas de previsión empresarial, cabría abrir cierta posibilidad de imponer el acuerdo colectivo, si quedara justificada su finalidad acorde con el objetivo político de lograr la implantación efectiva y promover la extensión de los sistemas voluntarios de previsión empresarial, favoreciendo a los trabajadores con menor estabilidad laboral y rentas mas bajas, a través de la negociación colectiva (de acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo) para la satisfacción de los derechos y bienes constitucionales a la igualdad y a una remuneración suficiente a través de las prestaciones complementarias de la Seguridad Social y a la propia negociación colectiva, mencionados (arts. 1.1, 14, 9.2 y 35.1). Téngase en cuenta que el procedimiento debe ser un cauce que garantice la libertad de acuerdo entre las partes implicadas, no quedando así en entredicho el derecho-libertad de negociación colectiva (art. 37.1 CE), ni la libertad de las prestaciones complementarias (art. 41 CE).

De lo dicho hay experiencias legales, en versiones anteriores del ET, que situaban, en el “contenido mínimo” de los convenios colectivos, los procedimientos de solución de conflictos de aplicación de los convenios colectivos y de las discrepancias en las inaplicaciones convencionales. También históricamente, en la reforma del artículo 82.3 del ET de 1980 por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de los descuelgues salariales, que obligó a pactar en los convenios sectoriales (“de ámbito superior a la empresa”) “las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial” de los mismos “a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación”, con la regla legal subsidiaria, operativa en su defecto, de establecimiento del régimen salarial descolgado del sectorial por acuerdo colectivo de empresa, resolviendo la discrepancia la comisión paritaria del convenio sectorial, que aseguraba la libertad negociadora. De hecho, en la regulación vigente, el ET integra, de nuevo en el contenido mínimo de los convenios colectivos, el pacto de determinados procedimientos de solución de conflictos laborales, pero siempre con garantías de acuerdo colectivo en su aplicación. Es lo que sucede, precisamente, en el artículo 85.3.e) y c) del ET, que incorpora, en el contenido mínimo convencional, las comisiones paritarias, guiadas por la libertad de acuerdo en sus decisiones, y los procedimientos de solución de discrepancias en las inaplicaciones convencionales del artículo 82.3 del ET, fomentando el acuerdo entre las partes, incluso ante hipotéticos arbitrajes voluntarios. Es cierto que estas prescripciones han materializado las decisiones políticas de fomentar los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos y las inaplicaciones de los convenios a las empresas para favorecer su adaptación flexible a los requerimientos del mercado. En su instrumentación técnica, la presencia de la autonomía colectiva explica que no presenten estas imposiciones legales problemas de constitucionalidad (excepción hecha del arbitraje público obligatorio en los procedimientos de descuelgue, cuya constitucionalidad interpretativa declararon las SSTC 119/2014 y 8/2015).

De igual modo, ahora, en una reforma, del artículo 85.3 del ET y de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, o preferiblemente sólo de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones al margen del “contenido mínimo” de los convenios colectivos estatutarios, el legislador podría establecer el *deber de pactar procedimientos de articulación acordada de planes de pensiones de empleo, u otros compromisos por pensiones*, en los acuerdos y convenios colectivos estatutarios sectoriales y de ámbito superior a la empresa, *aunque no un deber legal de acordar directamente estos planes y sistemas de previsión social empresarial*.

La reforma del artículo 85.3 del ET sería requerida por la que podríamos denominar “naturaleza de las cosas”, por ser la ley de desarrollo del título III del ET, y porque la obligación de acordar *procedimientos* dirigidos a establecer mediante acuerdos colectivos de ámbito inferior sistemas de previsión social empresarial seguiría residenciándose en el “contenido mínimo” de los convenios colectivos estatutarios. La fuerte implicación de la esa reforma legislativa en la regulación del ET es innegable. La Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones adecuaría su regulación a la estatutaria, con un mandato normativo, que vinculado a la ley propia de la negociación colectiva (“de acuerdo con lo establecido en el artículo 85.3 del ET...”), podría establecer directamente la obligación de *los convenios colectivos sectoriales y de ámbito superior a la empresa* de acordar procedimientos para articular los sistemas de previsión empresarial en convenios inferiores. Se comprobará que la exigencia del “contenido mínimo” se impone por el legislador estatutario a todos los convenios colectivos, sin distinciones en razón de su ámbito de aplicación. Correspondería la función de complementación legislativa de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones seleccionar a los convenios de superior ámbito para acordar los procedimientos que condujesen a pactar sistemas de previsión empresarial en unidades negociales inferiores. Este reparto por la ley, y no por la autonomía colectiva, de tareas entre convenios colectivos de distinto ámbito de aplicación se serviría de la misma justificación constitucional que posibilitaría, en su caso, la decisión del legislador de imponer a la negociación colectiva el deber de pactar estos procedimientos.

No puede obviarse, sin embargo, el carácter “asistemático” de esos “procedimientos” respecto de los demás “procedimientos” contemplados en el artículo 85.3 del ET, que tienen por objeto materias propiamente procedimentales (procedimientos de inaplicación parcial de la regulación de los convenios colectivos o procedimientos de solución autónoma sobre su aplicación y solución de discrepancias) ligadas a la vida jurídica de los convenios colectivos. En el caso que nos ocupa, los procedimientos se dirigirían a acordar una materia principal, no procedimental, y no conexas a la disciplina del régimen jurídico de los convenios colectivos estatutarios. La necesidad y proporcionalidad

constitucional de la medida legal, sustentada en derechos o bienes *constitucionales* declarados, no meramente legales, debería quedar justificada, pues la incisividad de la intervención del legislador al imponer el deber de pactar estos procedimientos no encuentra sustento en la configuración de la eficacia general de los convenios colectivos o en su limitación. El empleo de la idea de fortalecimiento de la negociación colectiva, ligada a su efectividad reguladora, podría admitirse, de nuevo no sin un cierto sentido “autorreferencial”, aunque la ley limitase su libertad al imponerle necesariamente acordar los procedimientos para encauzar ulteriormente su desarrollo.

Preferible sería, por la explicación dada, la reforma en solitario de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. La obligación de acordar procedimientos en convenios colectivos de ámbito superior para ser establecidos por convenios inferiores podría ser objeto de un precepto de dicha Ley, que continuase la inicial regulación que identificase en la negociación colectiva la fuente de establecimiento de los planes de pensiones de empleo o de los sistemas de previsión social empresarial. No obstante, la complejidad de la cuestión no depara una solución limpia y sencilla, pues ese mandato legal del legislador mercantil, aunque se calificase de disposición laboral en la ordenación de los títulos competenciales habilitadores de la regulación estatal, no oculta la fuerte implicación entre esta regulación sectorial y la principal de la materia perteneciente por derecho propio al ET. No queda esta elección ajena a consideraciones políticas.

Sea como fuere, la ley reformadora requeriría de los convenios colectivos *sectoriales y supraempresariales* una acción de promoción efectiva de dichos planes y sistemas de previsión empresarial mediante un deber legal de pactar *procedimientos para implementar de manera libre, voluntaria y acordada, entre representantes de trabajadores y empresas, planes de previsión social complementaria en la modalidad dicha o en otras*. Es patente que estos *procedimientos* no encuentran en los convenios de empresa su ámbito apropiado o idóneo, pues, establecidos en un nivel superior (el sectorial o supraempresarial), su resultado, esto es, los sistemas de previsión social empresarial, precisan acordarse colectivamente en otro inferior (el empresarial), salvo, en este último caso, que la articulación de la estructura negocial se estableciese entre convenios colectivos de empresa y acuerdos colectivos de empresa. Este desdoblamiento convencional empresarial presenta el inconveniente de que el sujeto colectivo negociador, representativo de los trabajadores, no es, en los acuerdos de empresa, un sindicato, con las consecuencias posibles de limitación de la defensa jurídica de esos acuerdos, pese a estar cubiertos por el artículo 37.1 de la CE -no por el título III del ET-, que escapan a la órbita de cobertura del derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente funcional (salvo su negociación por sujetos “sindicalizados”) y

cuya fuerza vinculante puede alterarse por la decisión unilateral empresarial a través del procedimiento del artículo 41 del ET (STC 8/2015, FJ 4).

Aquí radica la debilidad de esta propuesta reformadora, que eliminaría la eficacia directa de los convenios sectoriales y supraempresariales en el establecimiento de los sistemas de previsión empresarial. En aquel nivel se acordaría, obligatoriamente, el procedimiento para su implantación, para, en una fase ulterior, conceder el protagonismo a los convenios de empresa sobre la decisión de esa implantación, con lo que los problemas actuales, relativos a la falta de extensión de los sistemas de previsión social empresarial, singularmente a las PYMES, quedarían remitidos a su solución por cada empresa, sin una extensión eficaz en el tejido empresarial.

Ha de advertirse que los convenios colectivos sectoriales y de ámbito superior a la empresa, al regular esos procedimientos para la instauración efectiva de mecanismos de previsión social empresarial, podrían llegar a imponer una *obligación de acordar* dichos mecanismos en los convenios colectivos inferiores. En tal caso, esa obligación de acordar, de difícil coercibilidad pese a contar con tutela judicial, surgiría entonces de la autonomía colectiva, no del legislador, y a su libre determinación quedaría, lo que no plantearía problemas de constitucionalidad.

¿Podría el legislador imponer ese deber legal de pactar procedimientos a los acuerdos sobre materias concretas del artículo 83.3 del ET para otorgar la relevancia debida al nivel negocial sectorial y supraempresarial, de manera que los convenios de ese ámbito estableciesen efectivamente los compromisos empresariales por pensiones de los trabajadores?

Los acuerdos colectivos sobre materias concretas del artículo 83.3 ET, suscritos por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, tienen una equiparación legal a los convenios colectivos estatutarios, como ya se dijo. Por tanto, desde un punto de vista formal, parecería asumible, y jurídicamente intrascendente, que una ley, aquí si el ET, estableciera la obligatoriedad de acordar procedimientos en aquellos instrumentos o en los convenios colectivos. Sin embargo, materialmente, los acuerdos colectivos del artículo 83.3 ET parecen exigir un mayor nivel de autonomía y soberanía negociadora, al ser, precisamente, alternativas de regulación intersectorial al intervencionismo estatal. En el diseño del título III del ET estos acuerdos de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas estarían concebidos como instrumentos de gobierno de las relaciones laborales, desde la autonomía colectiva, en contraposición a la intervención del Estado.

Así, desde la experiencia, estos acuerdos han implementado sistemas autónomos, por ejemplo, de cobertura de vacíos normativos cuando se

derogaron las ordenanzas laborales y de solución extrajudicial de conflictos laborales colectivos, que supusieron, de hecho, una retirada del intervencionismo estatal y una apuesta por la ordenación y solución consensuada de las relaciones y conflictos laborales entre la parte sindical y empresarial más representativas. Son acuerdos colectivos en la cumbre, además, dotados de la eficacia jurídica que decidan las partes libremente, siendo frecuente en los últimos años la suscripción de meras recomendaciones a los negociadores de convenios colectivos, sin efectos generales directos en trabajadores y empresas, ni fuerza vinculante alguna en los contratos de trabajo ni en los convenios colectivos. Esta opción vuelve a manifestar la ubicación de estos acuerdos colectivos en la cúspide en el espacio de la máxima libertad negociadora con cobertura constitucional. Materialmente sería difícil ahora admitir que una ley impusiera acordar a las organizaciones sindicales y patronales más representativas un procedimiento para implementar sistemas o planes de previsión social empresarial. Aun siendo un procedimiento, que podría garantizar la libertad del acuerdo en una estructura articulada de la negociación colectiva, la obligatoriedad legal de su imposición pondría en entredicho esa soberanía negociadora, de autogobierno de las relaciones laborales, que manifiestan los acuerdos colectivos del art. 83.3 ET. No es extraño que estos instrumentos convencionales no estén sujetos a un “contenido mínimo”, pues el artículo 85.3 ET no es aplicable a los mismos, ni que su regulación sea tan escueta, porque se articulan desde la máxima autonomía colectiva, incluida la dotación de los efectos jurídicos de lo acordado, como ha podido comprobarse. Por ello se debería desechar la hipótesis de imposición legal de pactar procedimientos para implementar planes de previsión social empresarial a través de estos acuerdos con efectos jurídicos directos en las unidades convencionales que deberían desarrollarlos.

Esta opción, en cualquier caso, debería partir de la autonomía de estas organizaciones sindicales y patronales más representativas, en el marco en su caso del diálogo social, y no de una imposición legal.

La herramienta convencional, en consecuencia, en la que la reforma legal podría obligar a pactar procedimientos de implementación de los planes de previsión social empresarial, con garantía de respeto de la libertad de acordarlos, sería los convenios colectivos sectoriales y de ámbito superior a la empresa celebrados conforme al título III ET. Sin embargo, los beneficios de esta opción reformadora para los artículos 37 y 41 de la Constitución se pierden al quedar su efectividad en la decisión de los convenios colectivos de empresa, sin que los convenios de ámbito superior pudieran resolver directamente la aplicación de los sistemas de previsión empresarial a todas las empresas y trabajadores de su ámbito de aplicación. El problema que pretende solventarse no dejaría de estar donde está.

4. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ALTERNATIVA: EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

Una interpretación constitucional alternativa partiría de aceptar como único contenido del artículo 37.1 de la Constitución un derecho de esencial configuración legal. Esta interpretación alternativa podría tener cierto fundamento en las SSTC 119/2014 y 8/2015, que insisten en negar la existencia de un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, y en subrayar su amplia configuración legal y en la total sumisión de la negociación colectiva a la ley de configuración y de regulación (arts. 37.1 y 35.2 CE) sin un contenido constitucional de referencia, aunque, como quedó advertido, confusamente, parecen partir de la presencia de un derecho constitucional a la negociación colectiva, señaladamente la STC 119/2014, al utilizar juicios de proporcionalidad en el enjuiciamiento constitucional de las limitaciones establecidas por la ley. Puede leerse en la STC 8/2015, FJ 2, que “la Constitución de 1978 no diseña un modelo cerrado ... de negociación colectiva, correspondiéndole al legislador estatal, en el ejercicio de las funciones que la propia Constitución le confiere, configurar el que considere más idóneo en cada momento (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7), eligiendo entre las distintas alternativas posibles la que estime más adecuada, no solo para alcanzar los objetivos que aquélla le impone, sino también para adoptar las medidas precisas que garanticen su realización”.

Si en el artículo 37.1 de la Constitución solo hubiera un mandato al legislador, como ha sostenido parte de la doctrina laboralista, la ley sería libre de configurar la libertad de negociación colectiva, sin límite mínimo constitucional, conforme a una determinada política. En este caso, en el marco de las recomendaciones correspondientes del reciente Pacto de Toledo y de los objetivos reformadores gubernamentales, enlazadas a la satisfacción de determinaciones constitucionales, la ley podría ordenar la extensión generalizada de planes de previsión empresarial a través de convenios colectivos estatutarios sectorial y de ámbito superior al empresarial.

En tal caso, se podría admitir, constitucionalmente, una obligación legal de acordar estos sistemas de previsión social empresarial impuesta por la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, como ley específica de la institución, a los convenios colectivos estatutarios de ámbito superior a la empresa, sin necesidad siquiera de recurrir al expediente de ampliar el contenido mínimo de los convenios colectivos del artículo 85.3 del ET, ni de reformar la norma estatutaria. Al ser la negociación colectiva de exclusiva configuración legal, en todos sus aspectos sin excepción, la ley estaría capacitada para imponer un deber de acordar colectivamente planes de pensiones o sistemas de

previsión social, en el ámbito convencional que se estimara conveniente, el sectorial, y por las razones políticas sustentadas en el Pacto de Toledo y por el Gobierno. El vaciamiento constitucional de un mínimo esencial de libertad negociadora en el artículo 37.1 CE conduciría a la aceptación de esta política legislativa, que instituiría la obligación legal de imponer planes de previsión social en los convenios colectivos estatutarios sectoriales, que, al estar dotados de eficacia general, se extenderían a todo el tejido empresarial. Allí donde no existieran convenios de este ámbito, la misma obligación podría imponerse a los convenios de ámbito inferior, incluidos los de empresa.

Es ésta una interpretación alternativa, de la que es necesario dar cuenta, y que, con las dudas expuestas, podría superar el test de constitucionalidad del artículo 37.1 CE a la luz de las SSTC 119/2014 y 8/2015. Siguiendo a esas decisiones, se precisaría solamente de un juicio de proporcionalidad: justificación y proporcionalidad constitucional de la obligación legal establecida sobre la negociación colectiva en aras a la protección o preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes.

Sin embargo, una vez más, esta opción reformadora alternativa no superaría las exigencias de libertad del artículo 41 de la Constitución, salvo que la libertad de las prestaciones complementarias se garantizase a través de la libertad/consentimiento individual de ambas partes, del trabajador y, en su caso, de la empresa, si el convenio colectivo fuese de ámbito sectorial. No es necesario repetir, ya a estas alturas y después de haberlo señalado en sucesivas oportunidades, que hacer descansar los sistemas de previsión social empresarial en la voluntariedad individual sería absolutamente inoperativo a los efectos que se pretenden, y la negación misma de cualquier posibilidad razonable de proceder a la extensión generalizada de los sistemas de previsión social empresarial. Podrían utilizarse fórmulas legales, como la actualmente vigente, que presumesen el consentimiento individual, de trabajadores y empresas, salvo expresión formalizada de la voluntad de oposición.

5. EL ESTABLECIMIENTO POR LEY DE UN DEBER DE NEGOCIAR COLECTIVAMENTE SISTEMAS DE PREVISIÓN EMPRESARIAL

Si descartamos la interpretación alternativa y partimos de un contenido mínimo esencial del derecho de negociación colectiva, reflejado sustancialmente en la libertad contractual y en sus manifestaciones, y en la fuerza vinculante de los convenios colectivos, quedaría aún por explorar otra vía constitucional posible para lograr la extensión a las empresas de los sistemas de previsión social complementaria por vía de la negociación colectiva. La ley podría establecer un *deber de negociar* en los convenios colectivos estatutarios planes

de previsión social empresarial, sin la obligatoriedad de alcanzar pactos por imposición legal.

Siguiendo la regulación del ET, para su propio sistema de negociación colectiva, cabría la imposición, objetiva, razonada y proporcionada, de un deber de negociar que fomentara la actuación de la negociación colectiva para implementar sistemas de previsión social empresarial, siempre con los objetivos del Pacto de Toledo que tendrían reflejo en derechos y bienes constitucionales expresamente proclamados.

En el ET la libertad de negociación va acompañada de un deber de negociar, integrado en el sistema legal de negociación colectiva, del que es prueba su artículo 89, que lo impone en la revisión de convenios vencidos para evitar vacíos de regulación convencional, en conexión con las reglas de ultraactividad de su artículo 86.3. “La parte receptora de la comunicación” de promoción de la negociación no “podrá negarse a la iniciación de las negociaciones [...]” (art. 89.1, párrafo 2º). “En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación, se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes establecerán un calendario o plan de negociación” (art. 89.2). Este deber de negociar, que ni es regla en el Derecho comparado, ni interpretación usual por la OIT de su Convenio núm. 98, pero que el ET inserta en el procedimiento negocial con el objetivo de hacer efectivo el derecho de negociación colectiva en cumplimiento del artículo 37.1 de la Constitución, no ha planteado, lógicamente, problemas de constitucionalidad, ni ha sido nunca cuestionado ante y por el Tribunal Constitucional.

Es más, una vez establecido por la ley un deber de negociar, su incumplimiento empresarial puede vulnerar el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos, comprendido en su derecho fundamental de libertad sindical. Es lo que apreció la STC 107/2000, que, no sólo no rechaza la constitucionalidad de este tipo de medida, sino que califica de antisindical el incumplimiento empresarial del deber legal de negociar mediante la apertura del proceso negociador y la celebración de reuniones puramente formales, “aparentes”, “carentes de contenido real”, y desconocedoras de las funciones negociales de los sindicatos, lo que permite, en el caso, al Tribunal Constitucional impedir la suplantación de una falsa negociación colectiva por mejoras individuales en masa.

Además de la específica tutela sindical, consecuencia de esta obligación legal de negociar de buena fe (art. 89.1, párrafo 3º, ET), es también consecuencia de la regulación legal que quien está legitimado para la negociación colectiva no puede carecer de la correspondiente tutela judicial que haga efectivo el derecho cuando sea desconocido o vulnerado, esto es, que cabe

declarar judicialmente la obligación de negociar y la condena a su cumplimiento. La doctrina judicial que ha interpretado el precepto estatutario no ha dudado en afirmar la sujeción de la parte receptora de la comunicación negociada a una verdadera obligación de negociar, sin dejar de reconocer, al tiempo, que dicha obligación legal no está respaldada con una garantía legal adecuada. Mas abundante es la jurisprudencia y doctrina judicial sobre la obligación legal de negociar de buena fe en los períodos de consultas y los efectos de su incumplimiento, en ocasiones, en la nulidad de las decisiones de reorganización empresarial.

Ese deber de negociar, que no de acordar, planes de previsión social empresarial o planes de pensiones podría imponerse en las unidades convencionales sectoriales, o en éstas y en los convenios de grupos empresariales, de pluralidad de empresas vinculadas y de empresa, subsidiariamente. En coherencia con lo antes expuesto, este deber legal de negociar compromisos de pensiones sólo debe estar dirigido a los convenios colectivos, y no a los acuerdos colectivos en la cumbre del artículo 83.3 del ET.

Específicamente el deber legal de negociar convenios colectivos existe ya en el terreno de los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14, incisos primero y segundo, CE) y del mandato constitucional de igualdad sustantiva o real (art. 9.2), cuya realización en las relaciones de trabajo (art. 35.1 CE) a través de la negociación colectiva justifica, sin necesidad de mayor desarrollo argumental, la razonabilidad, objetividad y proporcionalidad de la medida legal. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, impone a las empresas la obligación de “adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán *negociar* y, en su caso, *acordar* con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”; para las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad han de “dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad [...] que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral” (art. 45.1 y 2).

La legislación laboral da réplica a la regulación expuesta, también legislación laboral de carácter ordinario (disposiciones finales primera y segunda de la Ley Orgánica). Conforme al artículo 85.1, párrafo 2º, del ET: “Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, *el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*”. El mismo precepto estatutario, en su apartado 2, párrafo 2º, dispone: “Asimismo,

sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el *deber de negociar planes de igualdad* en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:

a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el *deber de negociar* se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.

b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el *deber de negociar* se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho *deber de negociar* a través de las oportunas reglas de complementariedad”.

El Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regula los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre depósito y registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, ha desarrollado la regulación legal expuesta sobre el procedimiento de negociación de los planes de igualdad, sujetando dicho procedimiento a plazos para garantizar la efectividad de la negociación y de su resultado. En caso de desacuerdo, ha previsto que la comisión negociadora acuda a los procedimientos y órganos de solución autónoma de conflictos, “si así se acuerda, previa intervención de la comisión paritaria del convenio correspondiente, si así se ha previsto en el mismo para estos casos” (art. 5.6, párrafo 2º). La norma reglamentaria ha dispuesto también medidas de fomento, apoyo y asistencia técnica a la negociación y a sus resultados (disposición adicional segunda). En todo caso, si el desacuerdo es irresoluble, se aceptan los planes de igualdad unilaterales empresariales, pues son objeto de “inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes” (art. 11.1 del Real Decreto 901/2020).

Se trata de un precedente que, excepción hecha de la obligatoriedad de los planes de igualdad, puede servir de referencia para articular, en una reforma de del artículo 85.2, o mediante la adición de un nuevo apartado a ese precepto del ET y/o de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, una medida similar en el ámbito de los planes de previsión social, sustentada en los objetivos políticos expuestos al inicio de este Dictamen y en los derechos e intereses constitucionales que se han identificado a lo largo de su desarrollo para justificar diversas medidas legales intervencionistas. La reforma legal propugnada respeta, a un tiempo, la libertad negociadora del artículo 37.1 y la exigencia de prestaciones libres del artículo 41 de la Constitución.

Siendo consciente de la diferente entidad constitucional del derecho fundamental a la igualdad y a no padecer discriminación por sexo y género femenino (artículo 14 CE), acompañado de un mandato a los poderes públicos de hacerla efectiva (art. 9.2 CE), y el derecho legal a la seguridad social y a sistemas de previsión social empresarial de los que resulten prestaciones complementarias libres, una vez la ley los reconozca (art. 41 CE), y su carácter “informador” para los poderes públicos (art. 53.3 CE), es posible, no obstante, defender un planteamiento similar en el establecimiento legal de un deber de negociar, en los convenios colectivos estatutarios, planes de previsión social o planes de pensiones.

Importa aquí mencionar que, precisamente, de esa diferente densidad constitucional de las materias en juego a la hora de articular una obligación legal de negociar se extrae una conclusión que no debe pasar inadvertida. Si en la realización efectiva de materia constitucional tan importante, con sus adherencias éticas y sociales, como la igualdad de mujeres y hombres, espacio que consagra un valor que se sobreentiende casi absoluto por el significado del contenido esencial de los derechos fundamentales dentro del pluralismo político, el legislador se ha decantado por instrumentar una obligación legal de negociar, es que no ha podido llegar a imponer una obligación legal de acordar, porque hay en el artículo 37.1 de la Constitución un contenido constitucional discernible, que vincula y limita al legislador. En el espacio constitucional relativo a las prestaciones complementarias de Seguridad Social, ocupado por la libertad de su existencia, el empleo de una obligación legal de acordar devendría un imposible constitucional, debiendo afanarse el legislador en justificar el establecimiento de una obligación legal de negociar.

En esta opción de política legislativa sería preciso fundamentar que la previsión social empresarial, las prestaciones complementarias libres de la Seguridad Social, son un bien jurídico o un interés constitucionalmente protegido, a cuya realización efectiva, ante los datos negativos cosechados en más de treinta años, serviría el establecimiento por el legislador de una obligación legal de negociar convenios colectivos en su condición de fuentes de su implantación y extensión a las empresas y trabajadores, con independencia del tamaño de aquéllas y para asegurar la movilidad y los derechos de éstos. La limitación, que inevitablemente esa obligación legal de negociar ocasiona a la libertad de negociación colectiva, dispondría de una justificación objetiva, necesaria y proporcional a su finalidad, sin atentar, en ningún caso, al libre acuerdo colectivo entre las partes. Las razones de la operación legislativa son las ya conocidas, que habrían de complementarse con la invocación de otros derechos y criterios constitucionales: la extensión de los sistemas complementarios del régimen público de pensiones a las pequeñas y medianas empresas y a las carreras profesionales irregulares de los trabajadores y a sus menores retribuciones y su menor capacidad de ahorro en aras de la igualdad

efectiva (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE), la satisfacción del derecho constitucional de los trabajadores “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia” (art. 35.1 CE) a través de las retribuciones diferidas en que consisten las aportaciones empresariales a los planes de pensiones, y el propio fortalecimiento de la negociación colectiva con nuevos contenidos dado el valor de la autonomía colectiva de premisa constitucional de los modelos de relaciones de trabajo posibles dentro de la Constitución, la recuperación del diálogo social y de la negociación colectiva, sectorial y de empresa, y de las funciones de los sindicatos y de las asociaciones empresariales (arts. 7, 37.1, 28.1 y 22 CE)...

En la regulación legal de esta obligación de negociar, debería diferenciarse, como se hace ya, precisamente, con las medidas de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el artículo 85.2, párrafo 2º del ET, entre los convenios colectivos de empresa, de grupos empresariales y de pluralidad de empresas vinculadas y los de ámbito sectorial. Si bien en materia de igualdad de género el deber legal de negociar está articulado para dar un mayor protagonismo a las empresas, que son las obligadas a tener planes de igualdad en las condiciones legalmente previstas (hoy extendidos a empresas de más de cincuenta trabajadores según un proceso gradual articulado por el Real Decreto-Ley 6/2019), en la materia que nos ocupa ha de concebirse, en los términos de los objetivos políticos apuntados al inicio de este Dictamen, en una solución que concentrara el deber legal de negociar en los convenios sectoriales estatales o, en su defecto, de ámbito inferior, y, subsidiariamente, en las empresas o grupos de empresas. Con arreglo a lo dicho, la finalidad de la configuración legal de una obligación de negociar en la materia es incentivar la implantación de planes de previsión social mediante la negociación colectiva sectorial, porque es la manera de extenderlos al tejido productivo de las PYMES y porque es la vía para poder garantizar a los trabajadores que cambien de empresa el mantenimiento de dichos planes. Con este planteamiento, parecería adecuado articular el deber de negociar estos planes de previsión social por la negociación colectiva estatutaria, preferentemente, en ámbitos superiores a la empresa y grupo empresarial. Se trataría de incentivar la negociación colectiva de estos planes para conseguir los objetivos políticos propuestos en los convenios colectivos sectoriales y supraempresariales de ámbito estatal o territorial inferior, donde apenas -en dos ocasiones- se han explorado este tipo de planes. En el ámbito de la empresa y grupos empresariales existen experiencias consolidadas de planes de pensiones, si bien el ámbito de las grandes empresas sigue siendo un espacio necesitado también del incentivo de la obligación legal de negociar estas instituciones de previsión social complementaria.

La propia fundamentación jurídica del deber de negociar obtendría, así, mayor refuerzo si se estableciese preferentemente en los ámbitos convencionales sectoriales y supraempresariales, sin excluir las unidades convencionales de empresa y grupo empresarial, en que el poder de

autorregulación de los negociadores podría implantar planes o compromisos de pensiones propios, dentro de las determinaciones mínimas de los convenios sectoriales si existiesen.

¿Habría de establecerse el deber de negociar planes de pensiones o de previsión social empresarial en los convenios colectivos sectoriales estatales o en los convenios colectivos sectoriales de cualquier ámbito geográfico? Habría que tomar la decisión mas adecuada a la estructura de nuestro sistema de negociación colectiva para favorecer la extensión de los planes de previsión empresarial. La elección de los convenios colectivos sectoriales y supraempresariales o, en su defecto, de ámbito territorial inferior, alcanzaría a todos los convenios colectivos de esos ámbitos funcionales.

En esta elección del nivel sectorial y supraempresarial de negociación debe estar también presente el reforzamiento que al derecho de negociación colectiva presta el derecho de libertad sindical de los sujetos sindicales negociadores.

La formulaciones técnicas y reformas legislativas propuestas precisarían, como condición de efectividad, de un pacto alcanzado en el diálogo social, que mostrara la voluntad de los agentes sociales, sindicales y empresariales, de extender mediante los convenios colectivos estatutarios sectoriales y, en su defecto, empresariales, los planes de previsión social empresarial. Las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas habrían de comprometer el ejercicio de su capacidad de influencia hacia todas sus confederaciones, federaciones, y organizaciones afiliadas o asociadas.

IV.- OTROS ASPECTOS

En punto c) de la solicitud de Dictamen pide opinión sobre “otros aspectos relacionado con las anteriores cuestiones que te parezca oportuno desarrollar, advertir o completar”.

Ante la extensión de este Dictamen, y su construcción de carácter general, solo me parece oportuno advertir de la necesidad o, al menos, conveniencia de poner a resguardo los sistemas de previsión social empresarial de los descuelgues -modificaciones de convenios y acuerdos colectivos extraestatutarios- y de la concurrencias conflictiva de convenios sectoriales, de distinto ámbito geográfico, y de empresa. En la regulación estatutaria vigente, ni los planes de previsión social ni las mejoras voluntarias sociales están comprendidos en el elenco de materias sobre las que el artículo 84.2 del ET enuncia la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, grupos de empresas o pluralidad de empresas vinculadas.

No puedo dejar de llamar la atención acerca del hecho de que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha modificado los criterios de adjudicación de los contratos públicos, estableciendo la obligación de los órganos de contratación de velar por la relación calidad-precio, dando entrada a la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato, de modo que la contratación pública sirva a la realización de políticas sociales (arts. 1.3, 28.2 y 122.2...). En concreto, su artículo 145.2 prescribe que la “mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos”. Y, dentro de esos criterios cualitativos, señala que los criterios sociales “se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato”.

Aunque el listado de finalidades sociales que puede cumplir la contratación pública es abierto, sería conveniente que el legislador modificase el precepto legal, entre otros de la Ley 9/2017, para acoger expresamente, entre las finalidades sociales de la contratación pública que mide la relación calidad-precio de los contratos públicos, la implantación por las empresas contratistas de planes de pensiones o de sistemas de previsión social empresarial. Sería una medida de fomento de los sistemas de previsión social empresarial plenamente conforme con la libertad de sus prestaciones y de la negociación colectiva que los estableciese. El legislador podría favorecer esos sistemas tomando en cuenta su implantación empresarial también como criterio de desempate entre ofertas (art. 147) y entre las condiciones especiales de ejecución de los contratos de tipo social, indicadas en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas (art. 202).

V. CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA VIABLE DE EXTENSIÓN DE PLANES DE PREVISIÓN SOCIAL EMPRESARIAL MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATUTARIA

1. CONCLUSIONES

1ª.- El artículo 41, segundo inciso, de la Constitución garantiza un espacio para el establecimiento de prestaciones complementarias del régimen público de la Seguridad Social, que, a diferencia de aquél, han de ser “libres”. Esas prestaciones complementarias son libres porque traen causa de la voluntad privada.

2ª.- Su origen en la autonomía de la voluntad es no solo expresión de su libertad, sino de su *separación* de la Seguridad Social, hasta el punto de que esas prestaciones complementarias no se corresponden conceptual ni estructuralmente con la noción constitucional de Seguridad Social, derivada del propio sistema legal español, del Derecho comparado y de la normativa internacional.

3ª.- La libertad de las prestaciones complementarias va más allá del principio general de libertad que se deduce del artículo 10.1 de la CE, al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, y que ampara la realización personal de las actividades no prohibidas. La libertad de las prestaciones complementarias del régimen público de Seguridad Social, como principio constitucional rector de la política social y económica, demanda su reconocimiento, respeto y protección por el legislador y los poderes públicos (art. 53.3 CE).

4ª.- Las prestaciones complementarias, en el contexto del artículo 41 CE, son prestaciones no obligatorias en cuya configuración es determinante la voluntad privada, correspondiendo a esa voluntad privada la decisión de la complementariedad o autonomía de dichas prestaciones en relación con las obligatorias de la Seguridad Social.

5ª.- El carácter privado y voluntario de los sistemas de prestaciones complementarias libres no impide su promoción, control y supervisión públicas, ni el establecimiento de un sistema público de incentivos y garantías.

6ª.- El principio de libertad de las prestaciones complementarias no demanda únicamente de los poderes públicos que no entorpezcan su desarrollo. La acción

del legislador no queda ahí; su regulación ha de reconocer, respetar y proteger positivamente esa libertad para hacerla efectiva en condiciones de igualdad (art. 53.3 CE). El legislador es, además, libre de promover los sistemas de previsión social empresarial para alcanzar fines constitucionalmente legítimos, como los recomendados por la Comisión del Pacto de Toledo sobre la reforma de las pensiones, a los que han de añadirse los objetivos reformadores del Gobierno, coincidentes con aquéllos, que abogan por impulsar y desarrollar efectivamente los sistemas de previsión social empresariales mediante el fortalecimiento de la negociación colectiva preferentemente sectorial. Tiene para ello el camino abierto por la Constitución, que ha de respetar de manera que las prestaciones de esos sistemas, complementarias del insuprimible régimen público de seguridad social, sean libres (artículo 41, segundo inciso, de la Constitución).

7ª.- La garantía de preservación del régimen público de Seguridad Social y de la suficiencia de su acción protectora, que el artículo 41, inciso primero, de la Constitución impone al legislador, no condiciona ni limita la potestad legislativa para promover regímenes de previsión complementaria empresariales libres (el segundo pilar de las pensiones). El debate sobre la privatización de la Seguridad Social, desautorizada por la Constitución interpretada por el Tribunal Constitucional, se sitúa en el primer inciso del artículo 41 de la Constitución, no en su segundo inciso, que marca un ámbito de autonomía privada. No se puede privatizar lo que ya es privado por decisión del constituyente.

8ª.- El legislador que puede realizar una acción de promoción de los regímenes de previsión empresariales es, atendiendo a la jurisprudencia constitucional, el legislador estatal en ejercicio de sus competencias, principalmente, sobre legislación mercantil y sobre bases de los seguros y de la planificación general de la actividad económica (también sobre ordenación de la Banca y Hacienda General artículo 149.1.6ª, 11ª, 13ª y 14ª), sin perjuicio de las competencias estatutarias de los legisladores autonómicos sobre desarrollo y ejecución de las bases estatales en materia de seguros y exclusivas sobre montepíos, pólizas y mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social. Y del legislador estatal laboral (art. 149.1.7ª), dada la conexión entre el segundo pilar de las pensiones y las relaciones de trabajo.

9ª.- La acción de política legislativa reformadora requiere necesariamente de la modificación del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, cuya regulación ha fracasado para lograr los objetivos que se pretenden, recomendados por el Pacto de Toledo. Pertenece a la valoración de oportunidad del legislador futuro la elección de los instrumentos legales sobre los que operar la reforma legislativa frente a la alternativa de aprobar un texto legal propio y completo de sistemas complementarios de previsión empresarial. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que en los más de cuarenta años de democracia constitucional no se ha sentido la necesidad de

aprobar ningún instrumento legal de “desarrollo” del artículo 41, segundo inciso, de la CE. Es evidente, por contraste, que la regulación vigente del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, que se extiende a otras técnicas de instrumentación de compromisos empresariales por pensiones comprendidos en los denominados sistemas de previsión social empresarial, opone, en sus contenidos, obstáculos a la realización de los objetivos reformadores, que es inevitable vencer.

10ª.- Una reforma legal que incorporase a la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones una previsión de obligatoriedad general de que las empresas estableciesen sistemas de previsión social no sería compatible con la exigencia de que las prestaciones complementarias han de ser libres del artículo 41, último inciso, de la CE. Esa libertad precisa de su establecimiento por la autonomía de la voluntad individual o de la autonomía de la voluntad colectiva, constitucionalmente reconocidas.

11ª.- Una reforma legal que incorporase a la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones una previsión de obligatoriedad general de que las empresas estableciesen sistemas de previsión social sería compatible con la exigencia de que las prestaciones complementarias han de ser libres del artículo 41, último inciso, de la CE, si ese establecimiento de los sistemas de previsión empresarial que conducen a esas prestaciones complementarias libres se instrumentase a través de la negociación colectiva, expresión de la autonomía de la voluntad colectiva, de la que resultan convenios colectivos con fuerza de vincular constitucional y legalmente garantizada, con eficacia normativa y personal general en el caso de los convenios colectivos “estatutarios” (arts. 37.1 CE y 82.1 y 3 ET).

12ª.- Es constitucionalmente legítimo, en consecuencia, que, establecida por ley la previsión de obligatoriedad general de que las empresas se doten de sistemas de previsión complementaria, de planes de pensiones de empleo o de otras fórmulas hábiles para instrumentar los compromisos empresariales por pensiones de las personas trabajadoras, esa obligatoriedad se condicione a su activación o aceptación mediante su asunción libre y voluntaria por la negociación colectiva.

13ª.- Sentadas las conclusiones precedentes, *un modelo de política legislativa diferente del vigente, que se propusiese, como objetivo constitucional legítimo, el desarrollo efectivo de los sistemas de previsión social empresarial a través de la negociación colectiva sectorial y de ámbito supraempresarial, sin descartar la negociación colectiva de empresa, exige la reforma de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, pues no hay en la regulación vigente estímulos jurídicos a la negociación colectiva, y menos aún a la sectorial.*

14ª.- Con o sin ley, un acuerdo colectivo sobre materias concretas (art. 83.3 ET), adoptado en el marco del diálogo social, podría encargarse de organizar la previsión social empresarial y de extenderla a través de los convenios colectivos estatutarios a todo los sectores y empresas, dejando un cierto margen a la autonomía de los negociadores de los distintos ámbitos. Sería una decisión libre de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas alcanzada en ejercicio de su plena autonomía y una muestra especialmente apropiada de la madurez del diálogo social y de la negociación colectiva en la cumbre a la altura de los objetivos . Nada obsta a que el legislador y el Gobierno incentiven este tipo de pacto social, sin imposiciones u obligaciones dirigidas a estas organizaciones más representativas.

15ª.- Con la perspectiva del artículo 41, segundo inciso, de la CE, los convenios colectivos que decidan libremente establecer sistemas de previsión empresarial pueden imponer esos compromisos a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y vigencia. La exigencia de libertad del artículo 41, segundo inciso, de la Constitución se satisface por la autonomía de la voluntad colectiva, expresada por la negociación colectiva. No otra cosa significa la fuerza vinculante de los convenios colectivos, que la ley ha de garantizar (artículo 37.1 CE), cuando no están en juego derechos personalísimos de los representados por los negociadores colectivos, representantes de los trabajadores y (de los) empresarios, como aquí sucede, salvo que se entendiera que aquella exigencia genérica de libertad alumbraba un derecho de ejercicio individual, lo que, manifiestamente, no es el caso. No obstante, la autonomía colectiva está sometida a la ley imperativa.

16ª.- La Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones interpone el *impedimento* de la libertad o autonomía individual a la eficacia de los convenios colectivos al no reconocer su capacidad de vincular a los trabajadores de su ámbito de aplicación en su condición de partícipes de los planes de pensiones de empleo. Su artículo 4.1.a), en su último párrafo, señala que “[s]in perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 1 de la presente Ley, cuando en el convenio colectivo se haya establecido la incorporación de los trabajadores directamente al plan de pensiones, se entenderán adheridos al mismo, salvo que, en el plazo acordado a tal efecto, declaren expresamente por escrito a la comisión promotora o de control del plan que desean no ser incorporados al mismo. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que, en su caso, el convenio condicione las obligaciones de la empresa con los trabajadores a la incorporación de éstos al plan de pensiones”; lo que, en el sistema de la Ley, dice preservar el principio general de voluntariedad individual de su artículo 1.2, de aplicación a las distintas modalidades de planes de pensiones.

17ª.- Si el nuevo modelo de regulación de los sistemas de previsión empresarial se apoya efectivamente en la negociación colectiva sectorial, o

subsidiariamente de empresa, el legislador reformador debería derogar o modificar el artículo 4.1.a), último párrafo, de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en beneficio de imprimir mayor efectividad y eficacia a estos sistemas complementarios de previsión establecidos por los convenios colectivos y abrir la vía a su generalización, permitiendo su instrumentación e integración directa por la autonomía colectiva, objetivo que no logra la norma de cierre de la regulación vigente, que habilita al convenio colectivo para, “en su caso”, condicionar la efectividad de las obligaciones asumidas por la empresa con sus trabajadores a la aceptación por todos del plan de pensiones. Ese condicionamiento, autorizado por el convenio colectivo y concebido con una finalidad de incentivación de la integración de todos los trabajadores en el plan, puede conducir al incumplimiento de las obligaciones empresariales establecidas en convenios colectivos sin necesidad de que el empresario sujete su decisión a un procedimiento de inaplicación o descuelgue (art. 82.3 del ET).

18ª.- Los convenios colectivos han de recuperar su fuerza vinculante, constitucionalmente garantizada, en el establecimiento y regulación de las prestaciones complementarias de la Seguridad Social, fuerza vinculante que no puede quedar a expensas de la voluntad individual, de trabajadores ni de empresarios, pues no lo exige el artículo 41, segundo inciso, de la CE. La satisfacción de otros “bienes” constitucionales, como los derechos a la igualdad y a una remuneración suficiente, mediante la compensación de las retribuciones mas bajas y de personas trabajadoras con contratos inestables, así como la promoción misma de la negociación colectiva en esta materia, justifica la limitación de la autonomía individual y su subordinación a la colectiva en el establecimiento e incorporación de las empresas y trabajadores a los sistemas de previsión empresarial.

19ª.- La ausencia de doctrina constitucional unívoca sobre la esencial cuestión del contenido o contenidos esenciales que el artículo 37.1 de la CE impone al ejercicio del poder político del legislador democrático (art. 53.1 CE), y las diferencias entre las decisiones de la primera época y las mas recientes, a las que se añaden las existentes en la doctrina científica, no permiten afrontar esta parte esencial del Dictamen con todos los elementos de certeza que serían deseables a efectos de proponer soluciones legislativas que solventen efectivamente la penuria de los sistemas complementarios de pensiones en la negociación colectiva, señaladamente sectorial.

20ª.- La autonomía colectiva es base de un sistema democrático de relaciones laborales (arts. 7, 28 y 37 CE), al que no es ajeno el segundo pilar de las pensiones. Las conexiones genéticas, funcionales y de sentido entre los sistemas de previsión social empresarial, y, en concreto entre los planes de pensiones del sistema de empleo y otros instrumentos de compromisos empresariales por pensiones, y las relaciones de trabajo, sitúan a los sistemas o

prestaciones complementarias de la Seguridad Social entre los intereses recíprocos de los trabajadores y empresarios que compone el poder de autorregulación de la negociación colectiva ex artículo 37.1 de la CE. La negociación colectiva se vincula al fin, ya reseñado, de “la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores” y al “bienestar social general” (SSTC 58/1985, FJ 6; 142/1993, FJ 11; 208/1993, FJ 4). Tiene, pues, un papel que cumplir en el establecimiento y ordenación de los sistemas de previsión social empresarial, que contribuyen a ese fin.

21ª.- La Ley de Planes y Fondos de Pensiones es un texto con una regulación absolutamente inadecuada a los fines reformadores que se pretenden, que, por lo mismo, debe ser modificada. Su reforma, central en importancia, ha de proveerla de normas y de técnicas que han de comenzar por estimular positivamente, o imponer, si fuera constitucionalmente posible, a los convenios colectivos la función de desarrollar la previsión social empresarial.

22ª.- La implicación de la Ley de planes de pensiones en la vinculación de los planes de empleo, e instrumentos empresariales que canalicen compromisos por pensiones, a los convenios colectivos, como fuente de su establecimiento y ordenación, es absolutamente esencial para su lograr su establecimiento y expansión a las empresas medianas y pequeñas, de modo que los sistemas de previsión social empresarial tomen una entidad significativa. El legislador de los sistemas de previsión social empresarial no puede funcionar como el legislador laboral, dejando a la negociación colectiva un espacio libre de impedimentos. Ha de llamar expresa y positivamente a la negociación colectiva a organizar esos sistemas y hacerlo con una capacidad de estimulación suficiente.

23ª.- No se trata de que la Ley de planes de pensiones, una ley mercantil sin perjuicio de que pudiera contener preceptos correspondientes a otras materias, como la laboral, a efectos de su justificación competencial, acometa una tarea que no le compete, como sería la regulación de la negociación colectiva, sino de que dicha Ley acepte el modelo de negociación colectiva articulado por el ET sobre la eficacia general de los convenios colectivos, preferentemente de nivel funcional sectorial, y promueva su participación en el establecimiento de los planes de pensiones de empleo.

24ª.- la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones plasma una política de difuminación o devaluación de la negociación colectiva, al limitar su eficacia vinculante, y de virtual desconocimiento de los convenios colectivos sectoriales, únicamente vinculados a los planes de promoción conjunta. Sólo en tres ocasiones, a propósito de los planes de empleo de promoción conjunta, la Ley de Planes y Fondos de Pensiones se refiere, con verdadera desgana, a “un acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior al de empresa”, a “acuerdos de negociación colectiva *estatutaria* de ámbito supraempresarial”, y a un

“acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial” [arts. 4.1.a), párrafo 5º, 7.2, párrafo 9º, y 9.1.a), párrafo 4º].

25ª.- Falta un precepto inexcusable, que debería abrir la regulación legal de los planes de pensiones de empleo, ordenando la vinculación genética y funcional de los planes de pensiones del sistema de empleo a los acuerdos libremente adoptados en la negociación colectiva de ámbito sectorial estatal, y, subsidiariamente, de ámbito inferior.

26ª.- La libertad de negociación colectiva y de las prestaciones complementarias (arts. 37.1 y 41, segundo inciso, CE) no impide al legislador promover activamente los acuerdos de planes de previsión social adoptados en convenios colectivos estatutarios sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, con incentivos fiscales o de otro tipo.

27ª.- Pese a la incertidumbre que aportan las SSTC 119/2014 y 8/2015, en la jurisprudencia constitucional, la negociación colectiva se presenta, simultáneamente, como un derecho de *libertad negocial* y como una *garantía institucional* que asegura la presencia de un sistema de negociación colectiva. De un lado, la negociación colectiva es, en esencia, una *libertad* de negociar convenios colectivos, que no consiente interferencias impeditivas u obstaculizadoras de los poderes públicos. De otro lado, la negociación colectiva es un *sistema* de autorregulación colectiva que debe ser garantizado por el legislador, tal y como ordena el artículo 37.1 sobre la base de convenios colectivos con fuerza vinculante.

28ª.- Aunque la jurisprudencia constitucional, y la propia acción del legislador de desarrollo del artículo 37.1 de la CE, no es totalmente segura, la posición doctrinal mayoritaria, interpretando la interpretación, asimismo mayoritaria, del Tribunal Constitucional, identifica el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva laboral, como tal indisponible por el legislador, con la libertad de negociación de los representantes de los trabajadores y empresarios para alcanzar un convenio colectivo vinculante en que se materialice su poder de autorregulación de condiciones de trabajo, ampliamente entendidas. La garantía legislativa que el artículo 37.1 de la CE consagra está al servicio de ese derecho fundamental de libertad y de la fuerza vinculante de sus resultados libremente negociados.

29ª.- La lógica del derecho a la negociación como derecho de libertad conlleva que el resultado de las negociaciones pertenezca al ámbito de las decisiones bilaterales de los sujetos negociadores, que pueden, libremente, alcanzar o no acuerdos. La libertad de contratación o libertad de acordar se entiende absoluta. No obstante el ET exige, en su artículo 85.3, a través de la singular técnica de imponer un “contenido mínimo” a los convenios colectivos

sujetos a su regulación, que incorporen una serie de hasta cinco materias que las partes negociadoras han tenido necesariamente que acordar, pudiendo considerarse esa limitación de su libertad de acordar justificada en beneficio del propio acuerdo, que, a cambio, es premiado con su eficacia normativa y general *ex lege*, a lo que se añade que ese contenido mínimo se integra de cláusulas de mera configuración y aplicación del acuerdo, que no cuestionan la libertad de los negociadores en su adopción.

30ª.- Sin embargo, incorporar al contenido mínimo de los convenios colectivos estatutarios una materia sustancial concreta, incluso la más obvia como los salarios o las jornadas, o la que motiva este Dictamen, no dejaría de presentar obstáculos a la libertad constitucional de negociación colectiva en su modalidad de libertad de acordar. Conforme a la doctrina que estimo avalada por el Tribunal Constitucional, la hipótesis de una ley que obligara a *pactar* en los convenios colectivos, de cualquier ámbito o de determinado ámbito, sistemas empresariales complementarios de las prestaciones de Seguridad Social o planes de pensiones de empleo, encontraría oposición en el artículo 37.1. Por su parte, el artículo 41, segundo inciso, de la CE demanda que la *libertad* colectiva negociadora se desenvuelva con autonomía de las partes que acuerdan el convenio colectivo.

31ª.- De aceptarse esta reforma legislativa, que desde mi personal comprensión del artículo 37.1 no se conformaría a su contenido constitucionalizado de derecho de libertad, sería preciso reformar el artículo 85.3 del ET, con la adición de un nueva letra f) a su apartado 3, para enunciar la obligación de que los convenios colectivos incorporasen en su contenido mínimo “sistemas de previsión social empresarial”. Dada la estructura normativa del artículo 85.3, esa reforma afectaría a todos los convenios colectivos negociados conforme al ET, con independencia de su ámbito. La reforma habría de tener su réplica en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, que habría de reiterar la obligación de los convenios colectivos de acordar esos sistemas conforme a su contenido mínimo, establecido en el ET.

32ª.- La colisión con el artículo 37.1 de la Constitución se produciría también si el nuevo mandato normativo se llevase a Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones e impusiera directamente a los convenios colectivos sectoriales estatales, o a éstos, y en su defecto, a los convenios de ámbito inferior, la obligación de acordar planes de pensiones de empleo, al margen o separándose de la cobertura que podría proporcionar la técnica de la legislación laboral de imponer un contenido mínimo a los convenios colectivos estatutarios como garantía o eficacia, o contraprestación, del derecho de negociación colectiva y de su fuerza vinculante general. No habría en tal caso que reformar necesariamente el ET, tratándose de una operación reformadora acotada a la Ley de Planes y Fondos de Pensiones.

33ª.- Esas reformas legislativas serían, además inútiles, al oponerse a la libertad exigida por el artículo 41, último inciso de la CE. Habría que rescatar a la autonomía de la voluntad individual para garantizar la libertad de las prestaciones complementarias, aunque fuese en su modalidad negativa de derecho individual de oposición a organizar o participar en los sistemas de previsión social empresarial, lo que debilitaría a la negociación colectiva sobre la que el legislador habría actuado con la cuestionable finalidad de fortalecerla para producir la imposible generalización de los sistemas de previsión social empresarial.

34ª.- Sin embargo, en el supuesto de que se pactasen procedimientos para aplicar en las empresas planes de pensiones y sistemas de previsión empresarial, cabría abrir cierta posibilidad de imponer el acuerdo colectivo, si quedara justificada su finalidad acorde con el objetivo político de lograr la implantación efectiva y promover la extensión de los sistemas voluntarios de previsión empresarial, favoreciendo a las personas trabajadoras con mayor inestabilidad laboral y menores retribuciones, a través de la negociación colectiva (de acuerdo con la recomendación del Pacto de Toledo) para la satisfacción de los derechos y bienes constitucionales a la igualdad y a una remuneración suficiente y, quizás, a la efectividad de la negociación colectiva (arts. 1.1, 14, 9.2, 35.1 y 37.1). El procedimiento debe ser un cauce que garantice la libertad de acuerdo entre las partes implicadas, no quedando así en entredicho el derecho-libertad de negociación colectiva (art. 37.1 CE), ni la libertad de las prestaciones complementarias (art. 41 CE).

35ª.- El ET integra, de nuevo en el “contenido mínimo” de los convenios colectivos, el pacto de determinados procedimientos de solución de conflictos laborales, pero siempre con garantías de acuerdo colectivo en su aplicación. Es lo que sucede, precisamente, en el antes expuesto artículo 85.3.e) y c) del ET, que incorpora, en el contenido mínimo convencional, las comisiones paritarias, guiadas por la libertad de acuerdo en sus decisiones, y los procedimientos de solución de discrepancias en las inaplicaciones convencionales del artículo 82.3 del ET, fomentando el acuerdo entre las partes, incluso ante hipotéticos arbitrajes voluntarios.

36ª.- En una reforma del artículo 85.3 del ET y de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, o sólo de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, el legislador, en este último caso al margen del contenido mínimo de los convenios colectivos estatutarios, podría establecer el deber de pactar en los acuerdos y convenios colectivos estatutarios sectoriales y de ámbito superior a la empresa procedimientos de articulación acordada de planes de pensiones de empleo u otros compromisos por pensiones, que harían

efectivos los convenios colectivos de ámbito inferior, aunque no un deber legal de acordar directamente estos planes y sistemas de previsión empresarial.

37ª.- Estos procedimientos no encuentran en los convenios de empresa su ámbito apropiado o idóneo, pues, establecidos en un nivel superior (el sectorial o supraempresarial), su resultado, esto es, los sistemas de previsión social empresarial, precisan acordarse colectivamente en otro inferior (el empresarial), salvo, en este último caso, que la articulación de la estructura comercial se estableciese entre convenios colectivos de empresa y acuerdos colectivos de empresa. Este desdoblamiento convencional empresarial presenta el inconveniente de que el sujeto colectivo negociador, representativo de los trabajadores, no es, en los acuerdos de empresa, un sindicato, con las consecuencias posibles de limitación de la defensa jurídica de esos acuerdos, pese a estar cubiertos por el artículo 37.1 de la CE -no por el título III del ET-, que escapan a la órbita de cobertura del derecho fundamental de libertad sindical en su vertiente funcional y cuya fuerza vinculante puede alterarse por la decisión unilateral empresarial a través del procedimiento del artículo 41 del ET.

38ª.- Aquí radica la debilidad de esta propuesta reformadora, que eliminaría la eficacia directa de los convenios sectoriales y supraempresariales en el establecimiento de los sistemas de previsión empresarial. En aquel nivel se acordaría, obligatoriamente, el procedimiento para su implantación, para, en una fase ulterior, conceder el protagonismo a los convenios de empresa sobre la decisión de esa implantación, con lo que los problemas actuales, relativos a la falta de extensión de los sistemas de previsión social empresarial, singularmente a las PYMES, quedarían remitidos a su solución por cada empresa, sin una extensión eficaz en el tejido empresarial.

39ª.- Los convenios colectivos sectoriales y de ámbito superior a la empresa, al regular esos procedimientos para la instauración efectiva de mecanismos de previsión social empresarial, podrían llegar a imponer una *obligación de acordar* dichos mecanismos en los convenios colectivos inferiores. En tal caso, esa obligación de acordar, de difícil coercibilidad pese a contar con tutela judicial, surgiría entonces de la autonomía colectiva, no del legislador, y a su libre determinación quedaría, lo que no plantearía problemas de constitucionalidad.

40ª.- Se debería desechar la hipótesis de imposición legal de pactar procedimientos para implementar planes de previsión social empresarial a través de los acuerdos sobre materias concretas del artículo 83.3 del ET con efectos jurídicos directos en las unidades convencionales que deberían desarrollarlos. Esta opción, en cualquier caso, debería partir de la autonomía de las organizaciones sindicales y patronales más representativas, en el marco en su caso del diálogo social, y no de una imposición legal.

41ª.- Sólo una interpretación del artículo 37.1 de la Constitución que vaciara de eficacia al derecho que enuncia, y atribuyera al precepto constitucional la condición de simple mandato al legislador, podría apoyar la legitimidad constitucional de una ley que impusiese a la negociación colectiva, a los convenios colectivos sectoriales o a cualesquiera convenios colectivos, la obligación de establecer sistemas de previsión social empresarial.

42ª.- Sin embargo, esa opción reformadora alternativa no superaría las exigencias de libertad del artículo 41 de la Constitución, salvo que la libertad de las prestaciones complementarias se garantizase a través de la libertad/consentimiento individual de ambas partes, del trabajador y, en su caso, de la empresa, si el convenio colectivo fuese de ámbito sectorial. Hacer descansar los sistemas de previsión social empresarial en la voluntariedad individual sería absolutamente inoperativo a los efectos que se pretenden, y la negación misma de cualquier posibilidad razonable de proceder a la extensión generalizada de los sistemas de previsión social empresarial.

43ª.- Si descartamos la interpretación constitucional alternativa del art. 37.1 CE únicamente como mandato al legislador, y partimos de un contenido mínimo esencial del derecho de negociación colectiva, reflejado sustancialmente en la libertad contractual y en sus manifestaciones, y en la fuerza vinculante de los convenios colectivos, se avendría a la Constitución establecer por ley, el ET y/o la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de pensiones, un deber de negociar planes o sistemas de previsión empresarial complementaria en la negociación colectiva estatutaria de ámbito sectorial o de cualquier ámbito. Ese deber de negociar no es un deber de acordar. Se respetaría la libertad que demandan los artículos 37.1 y 41, último inciso, de la Constitución.

44ª.- Se trataría en ello de seguir el precedente de la obligación legal de negociar medidas y planes de igualdad, impuesta por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y por el artículo 85.1, párrafo 2º, del ET, no obstante la diferente entidad constitucional del derecho fundamental a la igualdad y a no padecer discriminación por sexo y género femenino (artículo 14 CE), acompañado de un mandato a los poderes públicos de hacerla efectiva (art. 9.2 CE), y el derecho legal a la seguridad social y a sistemas de previsión social empresarial de los que resulten prestaciones complementarias libres, una vez la ley los reconozca (art. 41 CE), y su carácter “informador” para los poderes públicos (art. 53.3 CE). En esta opción de política legislativa sería preciso fundamentar su justificación objetiva necesaria y proporcional a su finalidad, sin atentar, en ningún caso, al libre acuerdo colectivo entre las partes, en la extensión de los sistemas complementarios del régimen público de pensiones a las pequeñas y medianas empresas y a las carreras profesionales irregulares de los trabajadores, a su movilidad, a sus menores retribuciones y su menor capacidad de ahorro en aras de la igualdad efectiva

(arts. 1.1, 9.2 y 14 CE), la satisfacción del derecho constitucional de los trabajadores “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia” (art. 35.1 CE) a través de las retribuciones diferidas en que consisten las aportaciones empresariales a los planes de pensiones, y el propio fortalecimiento de la negociación colectiva con nuevos contenidos dado el valor de la autonomía colectiva de premisa constitucional de los modelos de relaciones de trabajo posibles dentro de la Constitución, la recuperación del diálogo social y de la negociación colectiva sectorial y de empresa y de las funciones de los sindicatos y de las asociaciones empresariales (arts. 7, 37.1, 28.1 y 22 CE).

45ª.- Ese deber legal de negociar se establecería en los ámbitos convencionales sectoriales, de ámbito estatal y supraempresarial estatal y, en su defecto, de ámbito territorial inferior, así como, subsidiariamente, en las unidades convencionales de empresa y grupo empresarial, en que el poder de autorregulación de los negociadores podría implantar planes o compromisos de pensiones propios, dentro de las determinaciones mínimas de los convenios sectoriales, si existiesen. En esta elección del nivel sectorial y supraempresarial de negociación debe estar también presente el reforzamiento que al derecho de negociación colectiva presta el derecho de libertad sindical de los sujetos sindicales negociadores.

46ª.- La insuficiente regulación de los sistemas de previsión social empresarial en la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones demanda su reforma, obligada para la consecución de las recomendaciones del Pacto de Toledo y de los objetivos reformadores del Gobierno. Serían condiciones mínimas de la reforma que la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en su caso del Estatuto de los Trabajadores, reconociese el establecimiento de los sistemas empresariales de previsión social por los convenios colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, incluidos los convenios colectivos de empresa, y se dotase de técnicas de incentivación jurídica y fiscal, dirigidas a empresas, trabajadores, y a la propia negociación colectiva, para lograr la implantación y extensión efectiva de esos esos sistemas de previsión social a las empresas.

47ª.- La formulaciones técnicas y reformas legislativas propuestas precisarían, como condición de efectividad, de un pacto alcanzado en el diálogo social, que mostrara la voluntad de los agentes sociales, sindicales y empresariales, de extender mediante los convenios colectivos estatutarios sectoriales y, en su defecto, empresariales. Las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas habrían de comprometer el ejercicio de su capacidad de influencia hacia todas sus confederaciones, federaciones, y organizaciones afiliadas o asociadas.

48ª.- Conviene reiterar que un acuerdo interprofesional sobre materias concretas del artículo 83.3 del ET sería un adecuado instrumento de eficacia general y directa para implantar los planes de pensiones y sistemas de previsión empresarial y extenderlos a través de la negociación colectiva en ámbitos sectoriales y empresariales, dejando mayor o menor espacio a la autonomía colectiva de esos ámbitos, aplicándose su regulación a falta de ejercicio efectivo de esa autonomía colectiva si la decisión de los interlocutores sociales en la cúspide del sistema negocial fuese la de otorgar la mayor efectividad a su regulación, siguiéndose el ejemplo del VI ASAC.

49ª.- En otro orden de consideraciones, sería conveniente que el legislador modificase la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público para acoger expresamente, entre las finalidades sociales de la contratación pública que mide la relación calidad-precio de los contratos públicos, la implantación por las empresas contratistas de planes de pensiones o de sistemas de previsión social empresarial. Sería una medida de fomento de los sistemas de previsión social empresarial plenamente conforme con la libertad de sus prestaciones y de la negociación colectiva que los estableciese. El legislador podría favorecer esos sistemas tomando en cuenta su implantación empresarial también como criterio de desempate entre ofertas de empresas contratistas y entre las condiciones especiales de ejecución de los contratos de tipo social, indicadas en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas.

2. REFORMAS LEGISLATIVAS POSIBLES

2.1. De la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones

1ª.- Derogación de los artículos 4.1.a), último párrafo, y 9.4, párrafo 3º, del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y del artículo 28.2 de su Reglamento.

2ª.- Modificación del artículo 4.1.a) de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y acomodación a su texto reformado de los conexos y de desarrollo: *“La integración de las empresas y de las personas trabajadoras [de trabajadores en los convenios de empresa] en el sistema de previsión social pactado vendrá determinada por la eficacia de los correspondientes convenios colectivos, quedando integrada la voluntad individual de aquéllas y éstos por la de sus representantes colectivos, sin que la incorporación al sistema de previsión [o al plan de pensiones...] con carácter obligatorio implique infracción del principio de voluntariedad al derivar dichas situaciones de los mencionados convenios colectivos”*.

3ª.- *“El establecimiento de sistemas de previsión empresarial [o de planes de pensiones] por las empresas y la integración en los mismos de las personas trabajadoras vendrá determinada por los correspondientes convenios colectivos y en sus términos”.*

4ª.- *“Los planes de pensiones del sistema de empleo se establecerán mediante [el acuerdo libremente adoptado por] los convenios colectivos sectoriales [estatales], y en su defecto, los convenios colectivos de ámbito inferior [incluidos los de empresa]”.*

5ª.- *“Conforme a la legislación laboral, en los acuerdos y convenios colectivos estatutarios sectoriales y de ámbito superior a la empresa se establecerán procedimientos de articulación acordada de planes de pensiones de empleo, u otros compromisos por pensiones” [o de sistemas de previsión social empresarial].*

6ª.- *“En los convenios colectivos sectoriales y supraempresariales se pactarán procedimientos para que en los convenios colectivos de ámbito inferior los representantes de trabajadores y empresas establezcan de manera libre, voluntaria y acordada planes de previsión social complementaria” .*

7ª.- *“Las empresas deberán negociar y, en su caso, acordar con los representantes legales de los trabajadores sistemas de previsión social empresarial en la forma que se determine en la legislación laboral”.*

2.2. De la Ley del Estatuto de los Trabajadores

1ª.- Artículo 85.3: *“3. Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refieren los apartados anteriores, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: [...]*

f) *Procedimientos de articulación acordada de planes de pensiones de empleo, u otros compromisos por pensiones” [o de sistemas de previsión social empresarial].*

2ª.- Artículo 85.2 (o artículo 85.3, pasando el actual apartado 3 o ocupar un nuevo apartado 4 del mismo precepto legal):

“Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los convenios colectivos sectoriales [y supraempresariales], de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior,

incluidos los convenios colectivos de empresa, existirá *el deber de negociar medidas* dirigidas a establecer sistemas de previsión social empresarial”.

2.3. De la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

- Artículos 145.2.1º, 147 y 202: con el fin de acoger expresamente, entre las finalidades sociales de la contratación pública que mide la relación calidad-precio de los contratos públicos, la implantación por las empresas contratistas de planes de pensiones o de sistemas de previsión social empresarial, también como criterio de desempate entre ofertas de empresas contratistas y como condición especial de ejecución de los contratos de tipo social, que han de figurar en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas

Madrid, 29 de abril de 2021

María Emilia Casas Baamonde
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense

Presidenta emérita del Tribunal Constitucional