

Id Cendoj: 28079130032008200005  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 4 / 2005  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MANUELCAMPOSSANCHEZ - BORDONA  
Tipo de Resolución: Auto

**Resumen:**

Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

**AUTO**

En la Villa de Madrid, a ocho de Enero de dos mil ocho.

**HECHOS**

Primero.- La Asociación de Prejubilados de Telefónica interpuso ante esta Sala, con fecha 23 de abril de 2004, el recurso contencioso-administrativo *número 4/2005 contra los artículos 31 y 35 del Real Decreto número 304/2004, de 20 de febrero*, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 27 de septiembre de 2005, la Asociación alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia que "declare no conforme a Derecho los *apartados 2 y 3 del artículo 31 y los apartados 3 y 5 del artículo 35, ambos del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero*, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, anulando, en consecuencia, los mismos". Por otrosí solicitó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 25 de octubre de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el recurso interpuesto de contrario".

Cuarto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, por providencia de 10 de octubre de 2006 la Sala acordó, "con suspensión del señalamiento efectuado, [...] emplazar a las referidas Confederación y Unión sindicales, en cuanto eventuales afectadas por la resolución del litigio y participantes en el procedimiento de elaboración de la norma impugnada, para que en el plazo de nueve días se personen si lo estiman conveniente en el presente recurso contencioso-administrativo número 4 de 2005 y, previo conocimiento de los escritos procesales en él obrantes, formulen las alegaciones que estimen oportunas en el plazo de veinte días ulterior al término de aquél."

Quinto.- La Confederación Sindical de Comisiones Obreras presentó sus alegaciones con fecha 28 de noviembre de 2006 y suplicó la desestimación del recurso interpuesto.

Sexto.- La Unión General de Trabajadores evacuó el trámite conferido por escrito de 31 de enero de 2007 y suplicó sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

Séptimo.- Con fecha 25 de septiembre de 2007 la Sala dictó la siguiente providencia:

"De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre*, del Tribunal Constitucional, y antes de adoptar la decisión definitiva sobre su eventual planteamiento, óigase a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del *artículo 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre*, por el que se aprueba el texto refundido

de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones."

Octavo.- El Abogado del Estado presentó sus alegaciones con fecha 11 de octubre de 2007 y suplicó a la Sala acordar "que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad que nos ocupa".

Noveno.- La Confederación Sindical de Comisiones Obreras presentó escrito el 19 de octubre de 2007 en el que suplicó "se desestime plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al contenido del *artículo 7.2 del Real Decreto-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre* , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones".

Décimo.- La Asociación de Prejubilados de Telefónica con fecha 23 de octubre de 2007 alegó que "estima pertinente y necesario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad".

Undécimo.- La Unión General de Trabajadores presentó sus alegaciones el 23 de octubre de 2007 en el sentido de entender "que no se da la discriminación pretendida del *artículo 14 de la CE*".

Decimosegundo.- El Fiscal evacuó el trámite conferido por escrito de 8 de noviembre de 2007 en el que estimó "que no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se suscita en la providencia de remisión, pues de los términos que se recogen en el texto de la norma legal que figura en aquélla no se desprende que la misma sea contraria al principio de igualdad ante la Ley".

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D Manuel Campos Sánchez-Bordona Magistrado de Sala

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- La Asociación de Prejubilados de Telefónica impugna en este recurso contencioso-administrativo determinados *preceptos del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero* , por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones. Concretamente, pretende de esta Sala la declaración de nulidad de diversos *apartados de dos artículos incluidos en el capítulo II ("planes de pensiones del sistema de empleo") del Título II ("Los planes de pensiones")* del citado Reglamento.

Se trata de los *apartados 2 y 3 del artículo 31* (que regula la designación o elección de los miembros de la comisión de control de los planes de pensiones del sistema de empleo) y de los *apartados 3 y 5 del artículo 35* (que regula los derechos de los partícipes "en caso de cese y movilización de derechos").

Segundo.- El precepto reglamentario sobre cuya adecuación a Derecho surgen las dudas que se convertirán en motivos determinantes del planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad, dado que su contenido resulta ser en lo esencial transcripción de una norma con fuerza de ley, es el *apartado dos del artículo 31 del Real Decreto 304/2004* cuya dicción es la siguiente:

"2. En los planes de pensiones del sistema de empleo podrán establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la comisión de control por parte de la comisión negociadora del convenio, y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa.

Cuando se prevea la designación por la comisión negociadora del convenio, cada parte designará, respectivamente, a los miembros de la comisión de control representantes del promotor, y a los miembros representantes de partícipes y beneficiarios.

La designación de los miembros de la comisión de control o de los representantes de partícipes y beneficiarios en ésta podrá coincidir con todos o parte de los componentes de la comisión negociadora o, en su caso, de los representantes de los trabajadores en la empresa con independencia de que sean o no partícipes.

En caso de designación efectuada por la comisión negociadora del convenio, ésta podrá acordar que las renovaciones o revocación de los miembros de la comisión de control se realicen, en su caso, por las partes respectivas en la comisión de seguimiento del convenio.

Si así lo acuerda la comisión negociadora del convenio o lo prevén las especificaciones, los miembros de la comisión de control designados por la misma como representantes de los partícipes y beneficiarios, podrán ser renovados o revocados posteriormente por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa".

Tercero.- El precepto reglamentario que ha quedado transcrito viene a desarrollar -y a coincidir con- el *artículo 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (en lo sucesivo, "el Real Decreto-Legislativo").

El *artículo 7 del Real Decreto Legislativo* regula la comisión de control del plan de pensiones y el defensor del partícipe. Tras enumerar las funciones de dicha comisión en el apartado primero, dedica el apartado segundo a su composición en los siguientes términos:

"2. La comisión de control del plan de pensiones de empleo estará formada por representantes del promotor o promotores y representantes de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios. Los representantes de los partícipes podrán ostentar la representación de los beneficiarios del plan de pensiones.

Los planes de pensiones del sistema de empleo podrán prever la representación específica en la comisión de control de los partícipes, y en su caso de los beneficiarios, de cada uno de los subplanes que se definan dentro del mismo plan.

En los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta podrán establecerse sistemas de representación conjunta o agregada en la comisión de control de los colectivos de promotores, partícipes y beneficiarios, respectivamente.

En los planes de pensiones del sistema de empleo podrán establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la comisión de control por parte de la comisión negociadora del convenio, y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Asimismo, en los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial, se podrán prever procedimientos de designación de la comisión de control por parte de la comisión negociadora y/o por parte de la representación de empresas y trabajadores en dicho ámbito. La designación de los representantes en la comisión de control podrá coincidir con todos o parte de los componentes de la comisión negociadora o representantes de las partes referidas.

Las decisiones de la comisión de control del plan se adoptarán de acuerdo con las mayorías estipuladas en las especificaciones del plan, resultando admisible que dichas especificaciones prevean mayorías cualificadas.

Reglamentariamente podrán regularse los sistemas para la designación o elección de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo, podrán establecerse las condiciones y porcentajes de representación y las condiciones de funcionamiento de las mismas en desarrollo de lo previsto en esta Ley.

Cuando en el desarrollo de un plan éste quedara sin partícipes, la representación de los mismos corresponderá a los beneficiarios."

Cuarto.- El *Real Decreto Legislativo 1/2002 trae causa de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo artículo 32*, apartado dieciocho, autorizó al Gobierno para que, en el plazo de doce meses a partir de su entrada en vigor, elabore y apruebe un Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas la *Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, y otras disposiciones relativas a planes y fondos de pensiones.

La dicción del *artículo 7 en el Real Decreto Legislativo* procede, a su vez, de modo directo, de la misma Ley 24/2001 antes citada, que autorizó la refundición. En el *artículo 32 de la Ley 24/2001* se introdujeron una serie de modificaciones respecto de la *Ley 8/1987* de las que cabe destacar, por la incidencia que tiene en este recurso, las "que afectan a la regulación de los planes del sistema de empleo, facilitando la coordinación de su funcionamiento con los procesos de representación y negociación en el ámbito laboral" tal como expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto- Legislativo.

En concreto, el *apartado cinco del artículo 32 de la Ley 24/2001*, cuyo contenido sería refundido en el *artículo 7 del Real Decreto Legislativo*, disponía lo siguiente al dar una nueva redacción al *artículo 7 de la Ley 8/1987*:

"*Artículo 7. La Comisión de Control del plan de pensiones y el Defensor del Partícipe.*

[...] 2. La Comisión de control del plan de pensiones de empleo estará formada por representantes del promotor o promotores y representantes de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios. Los representantes de los partícipes podrán ostentar la representación de los beneficiarios del plan de pensiones.

Los planes de pensiones del sistema de empleo podrán prever la representación específica en la Comisión de control de los partícipes, y en su caso de los beneficiarios, de cada uno de los subplanes que se definan dentro del mismo plan.

En los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta podrán establecerse sistemas de representación conjunta o agregada en la Comisión de control de los colectivos de promotores, partícipes y beneficiarios, respectivamente.

En los planes de pensiones del sistema de empleo podrán establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la Comisión de control por parte de la Comisión negociadora del convenio, y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Asimismo, en los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial, se podrán prever procedimientos de designación de la Comisión de control por parte de la Comisión negociadora y/o por parte de la representación de empresas y trabajadores en dicho ámbito. La designación de los representantes en la Comisión de Control podrá coincidir con todos o parte de los componentes de la Comisión negociadora o representantes de las partes referidas.

Las decisiones de la Comisión de control del plan se adoptarán de acuerdo con las mayorías estipuladas en las especificaciones del plan, resultando admisible que dichas especificaciones prevean mayorías cualificadas.

Reglamentariamente podrán regularse los sistemas para la designación o elección de los miembros de las Comisiones de control de los planes de empleo, podrán establecerse las condiciones y porcentajes de representación y las condiciones de funcionamiento de las mismas en desarrollo de lo previsto en esta Ley.

Cuando en el desarrollo de un plan éste quedara sin partícipes la representación de los mismos corresponderá a los beneficiarios."

El *Real Decreto Legislativo 1/2002*, pues, ha respetado en este punto los términos de la autorización para refundir que al Gobierno había dado la *Ley 24/2001* sin que pueda, por ello, hablarse en este caso de un hipotético exceso ultra vires. El *artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo* coincide, en los términos que han quedado expuestos, con el *artículo correlativo de la Ley 8/1987* según la modificación que en ésta introdujo la propia *Ley 24/2001*.

Quinto.- Dada la coincidencia entre el precepto reglamentario sobre cuya validez esta Sala ha de pronunciarse y el precepto con fuerza de ley cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal Constitucional y ante las dudas que a continuación expondremos sobre su adecuación a la Constitución, la validez constitucional del citado precepto legal condiciona directa y sustancialmente el resultado del recurso contencioso-administrativo en la parte que a aquél se refiere.

Concurren, por lo demás, el resto de los requisitos procesales exigidos en el *artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre*, del Tribunal Constitucional, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad: han sido oídas las partes y el Ministerio Fiscal al respecto y el recurso se halla concluso, tan sólo pendiente de dictar sentencia. La decisión final de esta Sala depende parcialmente (pues existen en el recurso impugnaciones de otros preceptos reglamentarios a los que no se extiende el planteamiento de la cuestión) de la validez constitucional de la norma legal mencionada, con cuyo contenido coincide el *artículo 31.2 del Reglamento* de planes y fondos de pensiones objeto directo del recurso contencioso-administrativo.

La relevancia para el fallo y la pertinencia del planteamiento de la cuestión resultan, pues, innegables al advertir que si el *artículo 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto Legislativo* fuera declarado contrario al texto constitucional, el correlativo *precepto reglamentario que incorpora su contenido dentro del Real Decreto 304/2004* incurriría en la misma inconstitucionalidad que aquél. Y, por las razones que seguidamente expondremos, esta Sala no ve posible una interpretación conforme con la Constitución del citado *artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo* que, sin desvirtuar su contenido, evite el planteamiento mismo de la

cuestión.

Sexto.- La exposición de las dudas sobre la validez del *artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo* requiere un análisis previo de la naturaleza de los planes de pensiones del sistema de empleo y de las características de las comisiones de control de los planes de empleo, a partir de cuyos resultados podrán ser afrontados los problemas de orden *constitucional que afectan a uno* de los medios legalmente admitidos para regular la composición de estas últimas.

Dentro de los regímenes de pensiones de los trabajadores de carácter "privado" y ajenos al ámbito de la Seguridad Social, los planes de pensiones de la modalidad denominada "sistema de empleo" se caracterizan por la doble y recíproca condición subjetiva de sus protagonistas, esto es, tanto de sus sujetos constituyentes (promotor y partícipes) como de sus elementos personales (sujetos constituyentes y beneficiarios). El rasgo característico de los planes de pensiones del sistema de empleo frente a otras modalidades (planes asociados y planes individuales) es que el promotor puede ser cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa, y que sus partícipes han de ser precisamente los "empleados" de la entidad promotora (*artículo 4.1 del Texto Refundido*).

El desarrollo del plan de pensiones del sistema de empleo determina la creación de un patrimonio ("el fondo de pensiones") afecto al exclusivo objeto de proporcionar las prestaciones de jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad e invalidez a quienes tengan derecho a ellas, en los términos definidos por el propio plan, cuando se produzcan las contingencias correspondientes. Para mayor claridad, pueden denominarse "prestaciones de jubilación" aun cuando, propiamente, incluyan las ya citadas.

El plan de pensiones "de empleo" define, pues, los derechos de las personas a cuyo favor se constituye así como las obligaciones de contribución al mismo y las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que ha de afectarse al cumplimiento de los derechos reconocidos (*artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo*).

En todo caso el plan de pensiones del sistema de empleo ha de respetar los principios de no discriminación (apertura a todo el personal empleado por el promotor aun cuando puede exigírsele una antigüedad no superior a dos años); capitalización (las prestaciones se ajustan a los sistemas financieros y actuariales de capitalización); irrevocabilidad de aportaciones; atribución de derechos a los partícipes e integración obligatoria de las contribuciones de promotor y partícipes en un fondo de pensiones.

La importancia social de estos regímenes de pensiones como instrumentos para "complementar" (en sentido amplio) los de Seguridad Social va pareja a su relevancia financiera pues, como afirma la *Directiva 2003/41 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003*, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo, y recoge la *Ley 11/2006, de 16 de mayo, que la transpone a nuestro ordenamiento (disposiciones ambas inaplicables ratione temporis al caso de autos)*, los fondos de pensiones de empleo desempeñan un papel clave en la integración, eficiencia y liquidez de los mercados financieros. De ahí que la normativa comunitaria citada trate de abrir el camino hacia un "mercado interior de la previsión ocupacional para la jubilación organizada a escala europea" con el objetivo simultáneo de "reforzar el modelo social europeo" y promover el mercado interior de los servicios financieros.

Séptimo.- La *Ley 24/2001* dispuso que el funcionamiento y la ejecución de cada plan de pensiones del sistema de empleo será supervisado por una comisión de control constituida al efecto.

Las funciones de la comisión de control del plan son esenciales para la vida de éste, pudiendo ser calificada como la institución clave en el seno de los planes de pensiones del sistema de empleo y verdadera representante de los intereses de los partícipes y beneficiarios.

La Comisión es, en efecto, precisamente el órgano que supervisa y controla el cumplimiento de las cláusulas del plan en las que se plasman los derechos de sus partícipes y beneficiarios. Además de seleccionar "el actuario o actuarios que deban certificar la situación y dinámica del plan", la comisión de control de los planes de empleo nombra sus propios representantes en la comisión de control del fondo de pensiones (esto es, del patrimonio adscrito y afectado al cumplimiento del plan), pudiendo incluso constituirse ella misma en comisión de control del fondo cuando éste integre un único plan de pensiones (*artículo 14.1 .a) del Real Decreto Legislativo*). Y esta última, a su vez, entre otras funciones relevantes (*artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo*), examina y aprueba la actuación de la entidad gestora del fondo, pudiendo incluso sustituirla.

La comisión de control de los planes de empleo decide en las demás cuestiones sobre las que la Ley

le atribuye competencia y representa judicial y extrajudicialmente los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones. En cuanto órgano que canaliza la intervención de partícipes y beneficiarios (además del promotor) ha sido acertadamente considerada, junto con la comisión de control del fondo, con la que puede identificarse en los términos ya dichos, como el centro neurálgico del plan/fondo y el mecanismo mediante el que se instrumenta la autotutela colectiva de aquéllos.

Octavo.- Parecería lógico que la designación de los miembros de un órgano "representativo" de los intereses de varias personas o grupos de personas se atenga al principio democrático a tenor del cual los representados eligen por sí mismos a sus representantes.

En el caso de las comisiones de control de los planes de empleo el carácter representativo de principio viene plasmado en el *inciso inicial del artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo*. La comisión de control ha de estar integrada por los dos grupos que en ella confluyen: los "representantes del promotor o promotores", por un lado, y los "representantes de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios", por otro. Sin embargo, el nombramiento de estos últimos "representantes" puede hacerse o bien por un sistema de elección o bien por un sistema de "designación", que es el que suscita las dudas de inconstitucionalidad.

A) El sistema de "elección" de sus representantes por parte de los partícipes y beneficiarios no ofrece dificultades desde el punto de vista del principio democrático-representativo: para regular la elección de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo el Real Decreto Legislativo (*inciso sexto del artículo 7.2) apela al Reglamento* que habrá de establecer "las condiciones y porcentajes de representación".

El *Real Decreto 304/2004 (artículo 31.3)* atribuye la condición de electores a todos los partícipes del plan, con independencia de que realicen o no aportaciones (esto es, de que sean partícipes en activo o en suspenso). Se la reconoce asimismo a los beneficiarios, si bien sólo cuando según las especificaciones del plan les corresponda una representación específica. El juicio de validez de esta parte del Real Decreto, en la medida en que pudiera no atenerse al Real Decreto Legislativo, no es lógicamente objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad.

B) Es el sistema de "designación", decimos, el que presenta objeciones desde el punto de vista constitucional. El *inciso cuarto del artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo* permite que en los planes de pensiones del sistema de empleo los miembros de la comisión de control que "representan" a los partícipes y beneficiarios puedan ser o bien "designados" por parte de la comisión negociadora del convenio, o bien "designados" por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Esta misma previsión se aplica a los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial.

Noveno.- El mecanismo de designación, que no de elección, de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo podría no ser objeto de reproche alguno si, a su vez, quienes realizan dicha designación hubieran adquirido la previa condición de representantes de los partícipes y beneficiarios en los planes de empleo por elección de éstos. Se trataría, en este caso, de un sistema de elección indirecta equiparable a cualquier otro de análoga naturaleza.

Ocurre, sin embargo, que al permitir la Ley la designación directa de los miembros de la comisión de control por parte bien de la comisión negociadora del convenio, bien de "la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa", y existiendo partícipes que no ostentan ya la condición de "trabajadores de la empresa" (ni, por lo tanto, pueden participar en los procesos electivos del nivel de empresa para nombrar "representantes de los trabajadores"), estos partícipes - denominados partícipes en suspenso- quedan en realidad excluidos de toda intervención en el nombramiento de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo. Nos referimos, siempre, como es obvio, al sistema de "designación" previsto como alternativo al de "elección".

El Ministerio Fiscal, aduce sobre este punto que la lectura del precepto legal (y del reglamentario que lo desarrolla) "no contempla de modo expreso la exclusión de los trabajadores ya jubilados o prejubilados (partícipes en suspenso), salvo que el término trabajadores sea interpretado en el sentido de que únicamente haya que incluir como tales a los trabajadores en activo, en cuyo caso sí que podría darse ese eventual trato discriminatorio que se denuncia en la providencia de remisión."

A juicio del Fiscal, "tal interpretación es una de las posibles de la norma legal de referencia, mas no la única, ya que el término trabajadores, tal y como figura en el texto de la norma legal puede referirse tanto a los trabajadores en activo como a aquellos otros que, siendo partícipes del plan de pensiones del sistema

de empleo, puedan tener en suspenso su relación laboral (jubilados y prejubilados)". El artículo de la ley no establecería, pues, "ninguna distinción entre unos y otros trabajadores de la empresa [...]".

Admite, sin embargo, el Fiscal que "[...] si por representantes de los trabajadores, entendemos que han de ser los que, conforme a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, sean los delegados de Personal o los miembros del Comité de Empresa, es evidente que el término 'representantes de los trabajadores' únicamente puede ser interpretado en el sentido de que se trata de los representantes de los 'trabajadores en activo'. Sin embargo, la Ley no hace una remisión a la normativa legal que desarrolla los derechos de libertad sindical, ni tampoco alude a los representantes sindicales de los trabajadores para delimitar el ámbito de estos representantes laborales, sino que se limita a aportar una denominación genérica de 'representantes de los trabajadores' y tal representación puede abarcar no sólo ya a los que se hallen en servicio activo, sino también a aquellos otros que, por cualquier circunstancia, tengan en suspenso la relación laboral. En tal caso, una interpretación pro constitutione del precepto en el sentido que se sugiere evitaría la eventual contradicción con el principio de igualdad ante la Ley que se sugiere en la providencia de ese Alto Tribunal."

Esta interpretación, sin embargo, no es compartida por el resto de las partes procesales, todas las cuales asumen en que los "representantes de los trabajadores" a los que se refiere el precepto son, precisamente, aquellos elegidos por los trabajadores en activo según las pautas normativas aplicables a este género de elecciones en el seno de las empresas.

Por nuestra parte, no consideramos viable la interpretación que auspicia el Ministerio Fiscal. Los "representantes de los trabajadores en la empresa" a los que se refiere el *artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo* son aquellos que surgen de los procesos electivos "generales" habidos a consecuencia del ejercicio del derecho de representación colectiva por los trabajadores en cada empresa o centro de trabajo, derecho regulado por el Estatuto de los Trabajadores. Bien se trate de las elecciones para delegados de personal o para el comité de empresa (definido legalmente como "el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses") los representantes de los trabajadores serán quienes sean nombrados como tales mediante dichos procesos selectivos, en los que son electores los trabajadores activos de la empresa o centro de trabajo. Y es precisamente a la "mayoría" de los representantes así elegidos (al referirse a dicha "mayoría" el *artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo* pone de manifiesto que se trata de la alcanzada en el seno de aquel proceso electivo unitario) a quien se confía la designación directa objeto de análisis.

Aun cuando no quepa desconocer que, junto a esta representación "unitaria", cabe también la representación sindical en cuya virtud los trabajadores afiliados a un sindicato pueden, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, constituir secciones sindicales ("doble canal" de representatividad), la presencia y el peso de los sindicatos en una determinada empresa -y, correlativamente, en el órgano que representa a los trabajadores de dicha empresa- no puede desvincularse del desarrollo de los procesos electivos antes dichos.

La interpretación propugnada por el Ministerio Fiscal requeriría tanto como alterar el entero sistema de representación colectiva de los trabajadores existente en nuestro ordenamiento laboral para instaurar otro distinto en el que, junto a los trabajadores en activo, otros que ya han dejado de pertenecer a la empresa eligieran a los "representantes de los trabajadores" a los meros efectos de que éstos, a su vez, designasen los vocales en las comisiones de control de los planes de empleo. Se trataría, pues, de unas elecciones ad hoc distintas de las "generales" en las que los trabajadores de la empresa ejercitan su derecho a la representación colectiva. Pero este es, precisamente, el sistema de elección de dichos vocales por los partícipes (trabajadores activos y partícipes en suspenso) que, como alternativa al sistema de designación directa objeto de examen, prevé el propio *artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo* en su inciso final. No tendría demasiado sentido que la Ley hubiera establecido dos sistemas diferenciados para que, *ulteriormente, la interpretación del precepto* que los establece hiciera coincidir sus rasgos definitorios.

La interpretación defendida por el Ministerio Fiscal se enfrenta, por último, al designio que determinó la modificación operada por la Ley 24/2001. La reforma de la Ley 8/1987 llevada a cabo por la Ley 24/2001 respecto de la regulación de los planes de pensiones del sistema de empleo trataba de facilitar la coordinación de su funcionamiento con los "procesos de representación y negociación en el ámbito laboral". Esta expresión -que contiene la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo- ha de entenderse en el sentido de que el legislador quería subrayar tanto el componente de negociación colectiva dentro de los planes de pensiones de empleo como su vinculación a los procesos de representación laboral en los términos que ya han sido expuestos.

Décimo.- Hemos de partir, pues, de que el sistema de designación previsto en el *artículo 7.2 del Real Decreto* Legislativo lo es a cargo de los representantes de los trabajadores en activo.

Sentado este presupuesto, el Abogado del Estado considera "completamente lógico, atendida la naturaleza la Comisión de Control de los Planes de Pensiones de la modalidad sistema de empleo, que la elección de los representantes de los partícipes y beneficiarios en la misma esté atribuida a los trabajadores en activo (o partícipes activos) de la empresa". A su entender, "no existe discriminación alguna por el hecho de que los partícipes en suspenso no intervengan en dicha elección, lo que es sencillamente consecuencia de que ya no forman parte de la empresa (temporal o definitivamente), aunque conserven sus derechos consolidados dentro del Plan a las prestaciones previstas en el mismo." En términos sustancialmente análogos se pronuncian las organizaciones sindicales codemandadas.

Esta Sala considera, sin embargo, que, dada la identidad de situaciones jurídicas en que se encuentran frente al Plan todos los partícipes (activos o en suspenso), no existe una justificación razonable que permita el trato diferenciado establecido en la norma objeto de la cuestión. Hemos de partir, a estos efectos, de que la posición jurídica de los partícipes es la misma en la medida en que todos ellos son titulares únicos de los recursos acumulados en el fondo afecto al plan.

Los partícipes, cualquiera que sea su relación, activa o no, con el empleador, no tienen la mera condición de acreedores de prestaciones futuras frente al fondo, sino la de verdaderos titulares en exclusiva del patrimonio vinculado a los objetivos del plan, de modo que sus derechos consolidados son irrevocables. En su condición de partícipes, insistimos, nada hay que diferencie a quienes aún permanecen trabajando en la empresa de quienes han suspendido o extinguido su relación con ella -y cesado en sus aportaciones- pero mantienen la titularidad de los recursos afectos al plan y están lógicamente interesados en la gestión del plan y del fondo a él anejo.

Resulta, además, que la situación de trabajador en activo de la empresa no necesariamente equivale a la de partícipe en el plan de empleo. Sólo aquellos trabajadores en activo que opten por su integración en el plan (más propiamente, que no renuncien a ello en los términos del *artículo 4.1, letra a, in fine, del Real Decreto* Legislativo) adquieren la condición de partícipe. Y, sin embargo, son sólo los trabajadores activos, tengan o no la condición de partícipes, quienes eligen a sus "representantes" en los comités de empresa, o a sus delegados de personal, siendo estos representantes unitarios a quienes el *artículo 7* permite que designen de modo directo a los miembros de la comisión de control del plan.

Es cierto que los planes de pensiones del sistema de empleo son un instrumento de acción protectora profesional cuyo origen está en el ámbito laboral. En cuanto sistema de protección social distinto del público su característica principal es, precisamente, la inescindible conexión con las relaciones laborales colectivas en cuyo seno se gestan los planes. No se trata de meras fórmulas mercantiles de ahorro privado (a semejanza de los planes individuales) sino de instituciones de matriz colectiva que la Ley ha querido vincular a los procesos de representación y negociación colectiva en las empresas.

Siendo legítima en principio esta opción del Legislador, el vínculo del plan con dichos procesos de representación y negociación laborales no puede entenderse, a nuestro juicio, en el sentido de que permita excluir plenamente a un determinado tipo de partícipes en el plan (los partícipes en suspenso) de la posibilidad de participar en la designación de sus "representantes" en las comisiones de control de los planes de empleo, cuando respecto a dichos planes todos los partícipes se hallan en la misma situación jurídica, esto es, son igualmente titulares de los recursos afectos a ellos.

En otras palabras: al atribuir a "los representantes de los trabajadores en la empresa" (elegidos sólo por los trabajadores en activo) la posibilidad de designar directamente, sin la concurrencia de un previo proceso electoral abierto a todos los afectados, quiénes han de representar a "todos" los partícipes -incluidos los partícipes en suspenso- en las comisiones de control de los planes de empleo, la legítima vinculación del Plan al proceso de negociación colectiva se utiliza con un resultado discriminatorio para estos últimos.

Dicha vinculación se mantendría sin problemas si, junto al innegable componente de miembros designados por los representantes de los trabajadores en activo, la Ley no excluyese (en este sistema de designación directa, obviamente no en el sistema electivo) la posibilidad de que un -eventualmente numeroso- grupo o colectivo de partícipes caracterizados por la ruptura o suspensión de su vínculo laboral con la empresa, pero titulares plenos de los recursos económicos afectos al plan, designe también una parte de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo.

No puede justificarse, finalmente, la diferencia de trato con el argumento (aducido por el Abogado del Estado) de que los derechos económicos de los partícipes en suspenso están garantizados, intervengan o no en las comisiones de control. Además de que esa misma garantía la tiene también el resto de los partícipes (en activo), de lo que aquí se trata no es del contenido sustantivo del derecho patrimonial sino de las vías de participación (y, en ese mismo sentido, de protección) de todos los partícipes en la comisión de control, clave para el desarrollo del plan de pensiones y, directa o indirectamente, en la gestión del fondo de pensiones afecto al plan.

Aun cuando las circunstancias de aquellos procesos no sean idénticas a las del presente supuesto, la doctrina contenida en las sentencias constitucionales números 104/2004, de 28 de junio, 253/2004, de 22 de diciembre, y 49/2005 y 50/2005, de 14 de marzo (sobre discriminaciones entre trabajadores relativas o bien al acceso a determinados planes de pensiones o bien a prestaciones de Seguridad Social), es extensible, en su núcleo esencial, al caso de autos. La aplicación del principio de igualdad y la exigencia de que las diferencias de trato resulten objetivamente justificadas y superen el juicio de proporcionalidad conducen a la Sala al planteamiento de la cuestión, por posible infracción del *artículo 14* de la Constitución.

Undécimo.- Una de las dos organizaciones sindicales codemandadas (que fueron llamadas al proceso por esta Sala) ha puesto especial énfasis en que aquéllas representan a todos los trabajadores, en activo o no, y que desde esta perspectiva defienden también los intereses de los partícipes en suspenso.

En efecto, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, con cita, entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de octubre de 1998, recaída en el recurso de casación número 1527/1998, y de la sentencia *constitucional número 88/2001 Constitucional, de 2 de abril de 2001* (que rechazó el amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 1996), subraya que las organizaciones sindicales "[...] son asociaciones permanentes de trabajadores, de carácter institucional, sin ánimo de lucro y con funcionamiento autónomo, que puede agrupar a trabajadores por cuenta ajena, funcionarios, parados y jubilados con objeto de potenciar el progreso económico y social de sus miembros, creada para la defensa de los intereses que le son propios y la mejora de las condiciones de trabajo. [...] No solo defienden y representan los intereses de quienes se encuentran afiliados, sino del colectivo de los trabajadores en general. Ya sean trabajadores en activo o lo que se puede definir como "trabajadores pasivos" puesto que defienden a su vez todos aquellos intereses que se deriven de la relación contractual como el presente caso el de los planes de pensiones."

Nada hay que oponer a estas reflexiones y, por el contrario, debe reconocerse el papel primordial desempeñado por las organizaciones sindicales en la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores en general, que no se limita a la protección de quienes aún están en activo sino también de los pasivos. La intervención sindical en la configuración de las relaciones laborales (y, lógicamente, en la negociación colectiva) resulta determinante y, junto a ella, no puede olvidarse su función clave de participación en el proceso de toma de las decisiones que afectan a otros grandes capítulos de la política social, como es el de las pensiones. Precisamente porque asumen una "representación institucional" que no coincide con la mera representación voluntaria civil, a las organizaciones sindicales puede y debe atribuírseles una función destacada en la promoción de estos mecanismos de fomento de la cohesión social que vienen a ser los planes de pensiones complementarios del régimen público de seguridad social.

Todo ello no obsta, sin embargo, a cuanto ha quedado expuesto en el fundamento jurídico precedente. En primer lugar, y sobre todo, porque el sistema de designación objeto de litigio es el que atribuye aquélla a los "representantes de los trabajadores" en cada empresa, esto es, a los elegidos por los trabajadores en activo según las pautas normativas aplicables a este género de elecciones en el seno de las empresas. Se trata, pues, de los representantes unitarios de los trabajadores, que pueden no coincidir con los propuestos por los sindicatos.

En segundo lugar, el hecho de que las organizaciones sindicales asuman la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores en general, incluidos los pasivos, no significa que ostenten la absoluta exclusividad de la representación de los trabajadores prejubilados o jubilados en una determinada empresa hasta el punto de que las asociaciones constituidas por ellos (como la que ha interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo) o estos mismos, que no tienen intervención en la designación de los "representantes de los trabajadores" en la empresa, no puedan participar de ningún modo en la designación de los órganos de control de sus planes de pensiones de empleo.

Decimosegundo.- Por su parte, la Unión General de Trabajadores destaca que "[...] la formalización de un plan de pensiones es el fruto de un acuerdo de negociación colectiva, y que ésta resulta decisiva en el desarrollo de los planes en el sistema de empleo, especialmente en el control que debe llevarse a cabo

durante la vida del instrumento". En el desarrollo argumental de su tesis, contraria al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, acentúa esta componente de los planes de pensiones del sistema de empleo para concluir que "todas las figuras jurídicas existentes" en ellos "están igualmente representadas por medio de los miembros de la comisión de control representantes de los partícipes designados en el seno de la negociación colectiva".

En el fundamento jurídico décimo de este auto ya hemos afirmado que la vinculación de los planes de pensiones del sistema de empleo a la negociación colectiva es un criterio al que ningún reproche de principio cabe hacer desde la perspectiva constitucional: se trata, pues, de una opción legislativa legítima. Es más, como bien afirma la Unión General de Trabajadores, puede admitirse que "sin estos acuerdos de negociación colectiva, quedarían desvirtuados los principios rectores de los planes de pensiones en materia de previsión social empresarial, en los que se coordinan los procesos de representación y negociación colectiva en el ámbito laboral".

Ahora bien, una vez alcanzado el acuerdo que se plasmará en el plan de pensiones del sistema de empleo, plan que sin duda será fruto de la negociación colectiva y en el que se perfilan los derechos y obligaciones de las dos partes (empleador y partícipes, sean éstos activos o en suspenso), ninguna justificación objetiva existe, a nuestro juicio, para que los representantes de los partícipes en la comisión de control del plan sean designados, en los términos que ya han quedado expuestos, sólo por los representantes de los trabajadores en activo con exclusión de los partícipes en suspenso.

Sin necesidad de reiterar cuanto ya ha sido dicho sobre la igualdad esencial de unos partícipes y otros en cuanto titulares de los mismos derechos, la conexión del plan de empleo con los mecanismos de negociación colectiva se puede mantener asegurando la lógica presencia (si se quiere incluso mayoritaria), de los trabajadores en activo, a través de sus representantes, en la referida comisión de control. Dicha conexión no exige, sin embargo, que -mediante el sistema de designación objeto de este pronunciamiento- se imponga a los partícipes en suspenso el "sacrificio" desproporcionado de no poder designar por sí mismos a ninguno de los miembros que han de representar sus intereses específicos (en algunos momentos, eventualmente no coincidentes con los de los trabajadores en activo) en la citada comisión.

Decimotercero.- Es preciso, por último, reseñar que el *precepto cuya inconstitucionalidad se plantea no ha sido modificado por la ya citada Ley 11/2006*, de adaptación de la legislación española al régimen de actividades transfronterizas regulado en la *Directiva 2003/41 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio*, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo.

Es más, en virtud de la nueva *Ley 11/2006, cuyo artículo único* ha modificado numerosos *preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2002* entre los que figura su *artículo 43.2*, el desarrollo de planes de pensiones de empleo sujetos a la legislación española, a través de fondos de pensiones domiciliados en otros Estados miembros, se llevará a cabo respetando las disposiciones de la legislación social y laboral española, y, en su caso, las disposiciones resultantes de la negociación colectiva aplicables al plan de pensiones. A tal efecto, añade el precepto, se considerarán disposiciones de la legislación social y laboral española, entre otras, de modo expreso, "los *artículos 9 y 7 [del Real Decreto Legislativo]* en lo relativo a la comisión promotora y la comisión de control del plan para la promoción y el control y supervisión del funcionamiento del plan" (subapartado séptimo del *apartado 2 del artículo 43*).

Añadiremos finalmente que la ulterior entrada en vigor del *Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo*, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifican diversos preceptos del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por *Real Decreto 304/2004*, tampoco ha introducido variaciones en el régimen de nombramiento de los miembros de las comisiones de control de los planes de pensiones del sistema de empleo.

Decimocuarto.- En atención a lo expuesto, de conformidad con los *artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre*, del Tribunal Constitucional, procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto del *artículo 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

## LA SALA ACUERDA:

Plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del *artículo 7.2 (inciso cuarto) del Real Decreto-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

Expídase testimonio de la presente resolución, de los autos del recurso de casación, incluyendo las alegaciones respecto al planteamiento de la cuestión, y del recurso contencioso-administrativo, que se elevarán al Tribunal Constitucional conforme a lo previsto en el *artículo 36 de la Ley Orgánica* del Tribunal Constitucional.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados.