

Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en España. Un estudio de la negociación colectiva



Enea Ispizua Dorna

Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en España. Un estudio de la negociación colectiva



Enea Ispizua Dorna

Editorial  Bomarzo

Esta publicación tiene su origen en la tesis doctoral defendida por la autora y cuenta con la financiación del Grupo de Investigación Europa, Empleo y Relaciones Laborales de la UPV/EHU. Además de agradecer al departamento por dicha financiación y a la contratación de doctores recientes del VRI de la UPV/EHU, debo mostrar mi sincero agradecimiento a las personas que han contribuido en la elaboración de mi tesis especialmente a mis codirectores Edurne Terradillos Ormaetxea y José Luis Tortuero Plaza.

Primera edición: enero 2019

© Editorial Bomarzo S.L.
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º
02002 Albacete (España)
editorialbomarzo@ono.com
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-17310-52-3

D.L.: AB 5-2019

Diseño: Javier Hidalgo Romero.

Maquetación: Juan Gómez Rubio.

Imprime: Publiceep

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
RESUMEN	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA.....	21
1. La protección social complementaria como marco inclusivo de las mejoras voluntarias.....	22
2. Instrumentos de previsión social	28
2.1. Las mejoras voluntarias de la seguridad social	29
2.2. Mutualidades de previsión social	30
2.3. Planes y fondos de pensiones	39
2.4. Contrato de seguro	56
3. Distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección social complementaria	64
4. La regulación de la protección social complementaria en la Unión Europea	73
5. Recapitulación	87
CAPÍTULO 2. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	91
1. Evolución histórica de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social	92
2. Concepto y características de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social	95
3. Naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias.....	100
4. Tipología o modalidades de las mejoras voluntarias	104
5. Ámbito subjetivo y objetivo de las mejoras voluntarias	107
6. Regulación vigente de las mejoras voluntarias y sus vías de implantación	111
6.1. Regulación vigente de las mejoras voluntarias.....	111
6.2. Vías de implantación de las mejoras voluntarias	115
7. Recapitulación	119

CAPÍTULO 3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS MEJORAS VOLUNTARIAS	121
1. Vías de constitución de las mejoras voluntarias: la importancia de la negociación colectiva.....	122
2. La idoneidad de la negociación colectiva como fuente de regulación de las mejoras voluntarias	125
3. La sucesión de convenios colectivos en materia de mejoras voluntarias	127
4. La modificación y supresión de los compromisos por pensiones	135
5. Las mejoras colectivas a la luz de la regulación jurídica relativa a la ultraactividad de los convenios colectivos.....	143
6. La interpretación de las cláusulas sobre las mejoras voluntarias de los convenios colectivos.....	148
7. El incumplimiento de las cláusulas que regulan las mejoras voluntarias en los convenios colectivos.....	151
8. Regulación tributaria de las mejoras voluntarias recogidas en los convenios colectivos.....	154
9. Recapitulación	162
CAPÍTULO 4. CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL	165
1. La prestación de incapacidad temporal.....	166
2. Mejora voluntaria relacionada con la maternidad.....	178
3. Prestaciones familiares.....	181
4. Mejoras voluntarias vinculadas con la incapacidad permanente y las prestaciones por muerte y supervivencia	185
5. Seguro médico privado.....	187
6. Premio de vinculación	191
7. Jubilación	194
8. Planes y fondos de pensiones de empleo	197
9. Otras mejoras sociales	201
10. Recapitulación	203
CONCLUSIONES	207

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
COM	Comunicación
EPSV	Entidad de Previsión Social Voluntaria
ET	Estatuto de los Trabajadores
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IPC	Índice de Precios de Consumo
IT	Incapacidad Temporal
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
MPS	Mutualidad de Previsión Social
ONCE	Organización Nacional de Ciegos Españoles
S.A.	Sociedad Anónima
S.A.U.	Sociedad Anónima Unipersonal
S.L.	Sociedad Limitada
S.L.U.	Sociedad Limitada Unipersonal
SEEPROS	Sistema Europeo de Estadísticas de Protección Social
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
TRLOSSP	Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
TRLFPF	Texto Refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones
UE	Unión Europea

RESUMEN

En 1978, la Constitución Española, en su artículo 41 reconoció la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos, garantizando la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. Asimismo, constataba que la asistencia y prestaciones complementarias son libres. Con este precepto se establece la Seguridad Social como función del Estado, pero al mismo tiempo se crean ciertas dudas competenciales. Esto es, encontrándonos en un Estado autonómico y dado que la Constitución no es clara en la distribución de competencias, han surgido numerosos conflictos y en consecuencia muchos pronunciamientos jurisprudenciales.

Además, el artículo mencionado hizo mención a las prestaciones complementarias cuya función es la de complementar los sistemas públicos de la Seguridad Social que constituyen el núcleo central del Estado de Bienestar.

Teniendo en cuenta lo mencionado, el trabajo de investigación tiene los siguientes objetivos: estudiar los distintos instrumentos de previsión social complementaria que existen, especialmente centrándonos en las mejoras voluntarias de la Seguridad Social; analizar los problemas surgidos en la distribución competencial del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección social complementaria; conceptualizar las mejoras voluntarias para posteriormente determinar si la negociación colectiva es una vía idónea para la constitución de dichas mejoras; analizar las cláusulas sobre las mejoras voluntarias en los convenios colectivos para proponer una guía práctica de negociación colectiva en esta materia.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, son numerosos los debates que han surgido respecto al futuro de las pensiones del sistema público de la Seguridad Social. Además, en los últimos meses se ha intensificado dicho debate, por la preocupación suscitada respecto a la financiación de las pensiones. En este mismo sentido, la comisión de seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo del Congreso debate sobre las medidas o recomendaciones adoptables tanto a corto, medio y largo plazo. Una de las últimas propuestas que baraja el Pacto de Toledo es la de incluir entre sus recomendaciones la prohibición expresa al Gobierno de usar el Fondo de Reserva de la Seguridad Social para operaciones ajenas al abono de las pensiones. Sin embargo, a pesar de que en un primer momento se pretendían revisar todas las recomendaciones del Pacto de Toledo para antes del fin de año 2017 a fin de aprobar posteriormente una reforma ambiciosa de pensiones, parece ser que el proceso se está alargando y su alcance resulta, por ahora, inviable por el desacuerdo de los partidos políticos.

¿A qué se debe esta situación de insostenibilidad de las pensiones? La respuesta descansa en varias razones. Por un lado, desde el comienzo de la crisis económica, existen más gastos y menos ingresos, esto es, las cotizaciones sociales se han reducido debido al aumento del desempleo, por la imposibilidad de creación de nuevos puestos de trabajo de muchas empresas y por el aumento del número de pensionistas. Por otro lado, el proceso del envejecimiento de la población que se constata en diversos países a consecuencia del incremento de la longevidad y por la existencia de unas bajas tasas de natalidad hace que la sociedad y los gobiernos se preocupen por el futuro del sistema público de pensiones. El sistema de pensiones que tenemos se caracteriza por ser un sistema de reparto y por ello, la demografía tiene su importancia, ya que con la llegada de la generación del “baby boom”

a la jubilación, el número de las pensiones aumentarán. No obstante, España cuenta con una posición privilegiada si comparamos con otros países europeos, ya que las generaciones del “baby boom” llegarán a la edad de jubilación con efectos retardados. Esto debería servir para afrontar las reformas necesarias teniendo en cuenta las experiencias de los Estados europeos donde dichas generaciones están llegando ya.

Teniendo en cuenta este panorama, el Gobierno ha ido introduciendo algunas reformas en los últimos años. En el año 2011, por ejemplo, se introdujo una Ley que realizaba una serie de modificaciones respecto a las pensiones de jubilación, que son las que más gasto generan al sistema. En este sentido, la Ley 27/2011, aumentó la edad de jubilación, elevó el número de años de cotización y aumentó los años computables para el cálculo de la base reguladora. Más tarde, concretamente en el año 2013 y tras la entrada del nuevo Gobierno, se aprobó la Ley 23/2013 e introdujo dos instrumentos para afrontar la sostenibilidad de las pensiones. Por un lado, el factor de sostenibilidad con su entrada en vigor en 2019 que finalmente, parece que se retrasa hasta el 2023 después del acuerdo alcanzado por el Partido Popular (PP) y el Partido Nacionalista Vasco (PNV), y, por otro lado, el índice de revalorización de las pensiones que ya se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 2014¹. No obstante, desde 2013 no se ha realizado ninguna reforma destacable para afrontar la sostenibilidad y financiación de las pensiones. Aun así, se puede observar un tímido avance en cuanto a la revalorización de las pensiones. A finales de septiembre de 2018, siguiendo la recomendación aprobada en 2011, se ha alcanzado un acuerdo en el seno del Pacto de Toledo sobre la revalorización de las pensiones, que será conforme al IPC real. Por lo tanto, el factor de referencia en la subida de las pensiones residirá en el índice de precios al consumo, si se aprueba en el Congreso tras su debate y votación.

El sistema de protección social lo componen tres pilares o niveles: el primer pilar, se caracteriza por ser una protección social pública, es decir, es obligatoria para todos los ciudadanos y en el caso de España, hasta ahora ha sido el pilar fuerte y se han adoptado las reformas mencionadas para que siga siéndolo; el segundo nivel se constituye por mecanismos de previsión social promovidos por una empresa y sus beneficiarios son los trabajadores; y el tercer pilar, se basa en la decisión autónoma de cada individuo. Manteniendo esta clasificación, cada país ha ido desarrollando dichos niveles de la manera que con-

¹ <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/todo-sobre-el-retraso-de-la-entrada-en-vigor-del-factor-de-sostenibilidad-de-las-pensiones.html>

sideraba oportuna. En este sentido, España se ha caracterizado por un primer pilar fuerte mientras el segundo y tercer pilar han tenido un escaso desarrollo. No obstante, en términos generales, en todos los países ocurre que, si el primer pilar es fuerte, los pilares complementarios (segundo y tercer pilar) tienen un desarrollo menor y viceversa.

La protección social complementaria podría ser una opción para afrontar la delicada situación que atraviesa el sistema público de pensiones, ya que en su momento se desarrolló para dar respuesta ante las necesidades que no cubrían los sistemas públicos y para hacer frente a la sostenibilidad económica y social del sistema público de Seguridad Social. Sin embargo, en España ha tenido una escasa trascendencia, ya que el sistema público cumplía las expectativas de los trabajadores.

La reforma laboral del 2012 modificó la estructura de la negociación colectiva que había hasta entonces. Con la reforma, se estableció la prioridad aplicativa del convenio de empresa y, por tanto, la regulación establecida en los convenios de ámbito superior a la empresa podrá ser afectada por lo que disponga un convenio colectivo de empresa en cualquier momento. Esto es, el convenio colectivo de ámbito empresarial predominará ante el convenio colectivo superior o sectorial. Así se puede constatar en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores donde se determina que *“la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior...”*. Este cambio dificulta la implantación de la protección social complementaria basada en las relaciones laborales en nuestro país, ya que en España predominan las pequeñas y medianas empresas (PYME)² que tienen más dificultades para desarrollar dichos sistemas. Para la generalización de los sistemas complementarios el segundo pilar desempeña un papel importante, pero para su desarrollo en nuestro país resultan necesarios los convenios colectivos supraempresariales o del sector que con esta última reforma juegan un papel menos importante.

En definitiva, la principal finalidad de la protección social complementaria es la de complementar y mejorar las prestaciones públicas de

² Según los datos estadísticos del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en abril de 2018, el número de pequeñas y medianas empresas ascendía a 1.323.210, mientras que las empresas con más de 250 trabajadores (grandes empresas) sólo alcanzaba el número de 4.649. <http://www.ipyme.org/Publicaciones/CifrasPYME-abril2018.pdf>

la Seguridad Social, a través del uso de instrumentos regulados para materializar dicha previsión. Este sistema complementario, libre y voluntario tiene su base jurídica en el artículo 41 de la Constitución y como aclaró la Sentencia nº 208/1988 del Tribunal Constitucional, *una separación necesaria entre régimen público de la Seguridad Social y prestaciones complementarias libres que se basan en la lógica contractual privada, son financiadas con fondos privados y a cargo de los beneficiarios*. Cuando el artículo 41 de la Constitución hace mención a los poderes públicos no define a quiénes se refiere y, en consecuencia, han sido numerosos los problemas relacionados con la distribución de competencias y los pronunciamientos jurisprudenciales, ya que la Constitución tampoco precisa, quizás intencionadamente, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social.

Se puede decir que el futuro de la previsión social complementaria dependerá en parte de la evolución de la Seguridad Social obligatoria, ya que en tanto en cuanto baje el nivel tanto en cantidad como en calidad de la seguridad social obligatoria, puede suponer la mayor necesidad de las prestaciones complementarias. Sin embargo, no debemos olvidar la baja capacidad de ahorro que existe en la actualidad debido a los bajos salarios existentes y por efecto de la crisis económica y financiera.

¿Cómo pueden gestionarse los sistemas complementarios de pensiones? Existen diversos instrumentos de previsión social, pero en este trabajo nos centraremos principalmente en las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Así, éstas se pueden definir como *las obligaciones legales de la empresa con sus trabajadores, derivadas de la propia voluntad del empresario o fruto del contrato de trabajo o de la negociación colectiva, que tengan por objeto mejorar la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social*. Sin embargo, éstas no son los únicos mecanismos para instrumentar dicha previsión social complementaria, ya que se puede gestionar a través de las mutualidades de previsión social, por medio de planes y fondos de pensiones o vía contratos de seguro.

Si nos referimos al ámbito de la Unión Europea, es destacable que no existe una protección social complementaria homogénea y tampoco existe un modelo único³. De la misma manera que en España, en el resto de los países de la Unión Europea se debate sobre la viabilidad

³ MILLÁN GARCÍA A., "La protección social complementaria en la Unión Europea, ¿Un modelo homogéneo?", *ICE*, nº 820, 2005, pág. 195.

de las pensiones públicas debido a los cambios demográficos que se esperan y así se ha constatado en numerosas ocasiones a través de Comunicaciones de la Comisión. Estos cambios demográficos suponen un aumento de la esperanza de vida y, por lo tanto, un aumento de los recursos financieros tanto en las pensiones como en la financiación y servicios de la asistencia sanitaria. Ante esta situación, cada Estado Miembro deberá tomar una decisión, esto es, deberá optar por desarrollar y reforzar los sistemas complementarios o seguir confiando y fortaleciendo los sistemas públicos.

En el presente trabajo se pretenden abordar las mejoras voluntarias de la Seguridad Social de una manera exhaustiva, como instrumento de previsión social complementaria. No obstante, se analizan otros instrumentos o mecanismos de previsión social complementaria existentes. Se trata, principalmente, de ofrecer una perspectiva global de las mejoras voluntarias.

De manera esencial, el trabajo se centra en la problemática suscitada por el futuro envejecimiento de la población y las posibles alternativas para hacer frente a dicho asunto. En este caso, el trabajo gira en torno a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social anteponiéndolas al resto de los instrumentos de previsión social complementaria, por considerarlas el mecanismo más idóneo para complementar el sistema público de Seguridad Social.

La primera parte del trabajo “La protección social complementaria” es un capítulo introductorio donde se avanzan los conceptos generales de la protección social complementaria. La idea de este apartado es introducir al lector en la materia, clarificando conceptos básicos de la protección social, de los instrumentos existentes de la previsión social complementaria, de la distribución competencial en dicha materia y de la regulación en el ámbito de la Unión Europea.

La protección social complementaria no ha sido definida por el legislador y, por eso, han sido diversos los pronunciamientos doctrinales al respecto. No obstante, la finalidad principal está clara, es decir, complementar y mejorar las prestaciones públicas de la Seguridad Social, a través de uno o varios instrumentos regulados para materializar esta previsión. La base jurídica de esta previsión social complementaria la encontramos en el artículo 41 de la Constitución, donde se recoge un régimen complementario, libre y voluntario. Este régimen puede desarrollarse a través de diversos instrumentos de previsión social y éstos tendrán un desarrollo escaso si el sistema público de Seguridad Social ofrece un régimen suficiente y adecuado.

La distribución competencial en esta materia ha sido tradicionalmente muy discutida, ya que la Constitución de 1978 no quiso cerrar el debate al respecto. Por lo tanto, a la hora de delimitar competencias, han surgido diversos conflictos de intereses entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En los últimos años, es intenso el debate surgido en muchos países sobre la sostenibilidad de las pensiones y en España no ha sido menos polémico. Ante el problema de sostenibilidad de pensiones, debido a los cambios demográficos, crisis económica y bajas tasas de natalidad, las recomendaciones de la OCDE y de la UE van encaminadas en la misma dirección. Dichas instituciones apuestan por impulsar la protección social complementaria por diversas vías. Por su parte, la OCDE destaca la adhesión obligatoria, la adhesión automática, los incentivos fiscales y la formación financiera como políticas para promover los sistemas complementarios de previsión social. La UE hace hincapié en la incentivación del alargamiento de la vida laboral, diversificar riesgos conjugando un sistema de tres pilares y constituir y mejorar los sistemas complementarios.

El segundo capítulo, denominado “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”, se limita fundamentalmente a tratar de conceptualizar las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Así pues, para analizar dicha cuestión ha sido necesario ver el recorrido histórico de dichas mejoras voluntarias, sus características fundamentales, su naturaleza jurídica, las distintas modalidades posibles, su ámbito objetivo y subjetivo y su regulación jurídica y las posibles vías de implantación.

Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social son implantadas a través de la iniciativa privada y tienen como finalidad incrementar el nivel de cobertura de las prestaciones de Seguridad Social pública. Del mismo modo que ahora se está cuestionando sobre la viabilidad del sistema público de pensiones, en los años 80 también ocurrió algo similar. Hasta entonces, existía la percepción de que el sistema público de Seguridad Social debía garantizar unas prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad. Por lo tanto, los sistemas complementarios no tenían un gran desarrollo. No obstante, en los momentos en los que se cuestiona la viabilidad y la sostenibilidad del sistema público, es cuando se vuelve a debatir sobre el papel que tienen que desempeñar estos sistemas.

Las mejoras voluntarias de Seguridad Social no han sido definidas legalmente y por ello, han sido diversos los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales al respecto. Sin embargo, teniendo en cuenta

las definiciones de algunos autores, podríamos definirlos como compromisos asumidos por parte de las empresas, basándose en un convenio, un contrato de trabajo o una decisión unilateral, con la intención de mejorar o incrementar la acción protectora de la Seguridad Social. Dichas mejoras se caracterizan por instaurarse voluntariamente aunque una vez instauradas se convierten en obligatorias; pueden ser mejoras complementarias o autónomas, dependiendo de la tesis de si protegen las mismas contingencias que el sistema público de la Seguridad Social o no; son objeto de gestión privada, es decir, se financian mediante fondos privados; pueden tener naturaleza individual y colectiva; y pueden mejorar tanto las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social como las de los Regímenes Especiales.

Respecto a la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias, no faltan opiniones. Mientras algunos autores consideran que dichas mejoras son elementos de la acción protectora de la Seguridad Social, otros creen que no son Seguridad Social. En este apartado se observarán los argumentos facilitados para la defensa de cada postura.

Otro elemento importante es la tipología o modalidad de las mejoras voluntarias. Actualmente, como se puede observar en el artículo 238 de la Ley General de la Seguridad Social, únicamente existen las mejoras directas y las mejoras por tipos de cotización adicionales. Las primeras son las más frecuentes por ser incorporadas en los convenios colectivos.

El tercer capítulo de este trabajo, “La negociación colectiva y las mejoras voluntarias”, estudia fundamentalmente, las vías de constitución de las mejoras voluntarias, y nos centraremos especialmente en la vía de la negociación colectiva que resulta la más utilizada. De todas formas, el legislador no se decanta por ningún instrumento concreto, pero sí establece la obligación de externalizar para prestar una garantía más eficaz a los trabajadores en supuestos de liquidez o insolvencia del empresario.

La legitimación de poder negociar a través del convenio colectivo sobre cláusulas de mejoras voluntarias de la seguridad social tiene su fundamento jurídico en el artículo 37.1 de la Constitución, ya que se recoge el concepto “laboral” que resulta muy amplio y donde puede encuadrar perfectamente la negociación de las mejoras voluntarias.

La idoneidad de la negociación colectiva como fuente de regulación de las mejoras voluntarias, es otro tema tratado en este capítulo. Resulta principalmente idóneo por diversas razones: el carácter consensuado entre el trabajador y empleado hace que se tengan en cuenta los intere-

ses de las partes negociadoras; además, resulta próximo a la realidad; y se muestra apropiado para la adaptación de la empresa a los cambios y circunstancias del mercado.

Teniendo en cuenta que estas mejoras voluntarias pueden ser recogidas como se ha constatado en los convenios colectivos, no podemos olvidar que la sucesión de los convenios colectivos, las modificaciones y las supresiones de los compromisos también afectan a dichas cláusulas. Asimismo, cabe mencionar el descuelgue de los convenios colectivos por el modo como afecta a las mejoras voluntarias reconocidas en un convenio colectivo. Por ello, en este apartado, se analizan dichos supuestos y sus consecuencias en cuanto a las cláusulas sobre las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

Con la reforma laboral de 2012, es decir, con la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se realizó una nueva regulación del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, donde se limitaba la ultraactividad de los convenios a un año de duración. Esta reforma causó cierta incertidumbre, ya que se debatía que ocurriría si una vez decaído el convenio colectivo, no existía un convenio colectivo de ámbito superior que fuera aplicable. Después de varios pronunciamientos jurisprudenciales, en 2014 llegó una resolución del Tribunal Supremo donde se argumentó a favor de la tesis continuista, según la cual las condiciones laborales se mantenían por formar parte de la relación contractual de las partes. Sin embargo, en junio 2018, el Tribunal Supremo ha fijado un criterio donde se ha confirmado que resulta plenamente aplicable el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores. Siguiendo esta línea, ¿qué ocurre con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social cuando decae un convenio de empresa y no existe convenio colectivo superior aplicable o éste no regula dichas mejoras? En este apartado, se estudian las distintas opiniones de la doctrina.

Además de lo anterior, en este capítulo también se analiza la interpretación de las cláusulas sobre las mejoras voluntarias de los convenios colectivos y las consecuencias que acarrea el incumplimiento de dichas cláusulas.

En último lugar, se analiza en este apartado la regulación tributaria de las mejoras voluntarias recogidas en los convenios colectivos. El Derecho Financiero y Tributario juega un papel importante en las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, ya que se configura como uno de los mecanismos de incentivación para desarrollar los sistemas complementarios. Sin embargo, no debemos olvidar que la utilización de este mecanismo depende de la voluntad que tenga el legislador.

Bajo el título “Cláusulas convencionales de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social” se presenta el cuarto capítulo. Como el propio título indica, en este capítulo se realiza un estudio de las cláusulas de los convenios colectivos que prevén mejoras voluntarias de la Seguridad Social. La finalidad de este apartado reside en observar qué tipo de cláusulas predominan en los convenios colectivos. Además, se trata de plasmar cuáles son las cláusulas más comunes a fin de elaborar una guía que pueda ser útil para las empresas que negocien sus convenios colectivos. En este sentido, se han consultado los Boletines Oficiales del Estado y los Boletines Oficiales del País Vasco para centrarnos posteriormente en las cláusulas que se refieren a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

En términos generales, los convenios colectivos analizados hacen mención a alguna mejora voluntaria de la Seguridad Social, aunque también existen algunos que no recogen dichas mejoras. Los convenios colectivos que establecen dichas mejoras cubren diversas contingencias.

La prestación de incapacidad temporal, por ejemplo, puede ser mejorada a través de convenio colectivo y así ayuda a suplir la reducción que sufre en la retribución el trabajador. Así, la negociación colectiva suple la reducción regulando complementos retributivos para la prestación de incapacidad temporal en aras de garantizar en dicha situación la totalidad o parte del salario. Del mismo modo que con la prestación de incapacidad temporal, se analizan en este apartado las cláusulas relacionadas con la maternidad, las prestaciones familiares, las mejoras vinculadas con la incapacidad permanente y las prestaciones por muerte y supervivencia, el seguro médico privado, los premios de vinculación, las prestaciones de jubilación, los planes y fondos de pensiones y otras mejoras sociales.

Cabe destacar que precisamente teniendo en cuenta el debate surgido por la viabilidad de las pensiones y la crisis económica acaecida, la prestación de jubilación debería ser una mejora importante y ésta podría relacionarse con los planes y fondos de pensiones, por ser una vía de externalización de dichas mejoras. Asimismo, la incorporación de cláusulas sobre la jubilación y otras cláusulas de mejoras voluntarias en los convenios colectivos supone una generalización de los sistemas complementarios.

Tras estas consideraciones cabe decir que, ante la situación actual y el futuro del sistema público de pensiones, la protección social complementaria podría desempeñar un papel importante. No obstante, para que ésta tenga un efecto generalizado en toda la población, los planes

de empleo pueden ser el instrumento eficaz y adecuado. Esta incentivación debería darse dentro de las relaciones laborales ya que así quedarían incorporados todos los sectores de la población. Para lograrlo, el papel de los agentes sociales y del Estado serán determinantes ya que son los que aprobarán las futuras reformas e incentivos de todo tipo para favorecer un sistema u otro. Teniendo en cuenta que el sistema de pensiones es un pilar fundamental del Estado de Bienestar, se ve necesario dar respuesta a los nuevos retos que ponen en peligro el equilibrio y la sostenibilidad de ésta. El Gobierno deberá adoptar las medidas dispensables para encauzar un panorama social de sostenibilidad y tranquilidad para la población.

LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

El objetivo principal de este capítulo es clarificar qué es la protección social complementaria y cómo se gestiona. En primer lugar, se realiza un análisis de la protección social complementaria como marco inclusivo de las mejoras voluntarias. En segundo lugar, se estudian los distintos instrumentos de previsión social complementaria existentes en nuestro ordenamiento. Dentro de este apartado, estudiaremos las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, las mutualidades de previsión social, los planes y fondos de pensiones y los contratos de seguros. En tercer lugar, abordaremos la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección social, ya que se trata de una materia que ha causado una alta litigiosidad. En último lugar, se analiza la regulación de la protección social complementaria en la Unión Europea.

La protección social complementaria se caracteriza por ser un sistema privado y voluntario de ahorro cuya principal finalidad es la de complementar y mejorar las prestaciones públicas de la Seguridad Social, a través de uno o varios instrumentos regulados para materializar esta previsión. Esto es, los sistemas públicos abordan las necesidades básicas de los ciudadanos y los sistemas complementarios actúan de manera suplementaria.

La previsión social voluntaria se desarrolló con posterioridad a la generalización de los sistemas públicos de pensiones y ante las necesidades que no cubría estos últimos garantizando así a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de las rentas de activo.

En definitiva, con este capítulo se quiere dar respuesta entre otras a las siguientes preguntas: ¿Qué es la protección social complementaria? ¿Cuál es la estructura de la protección social? ¿Cuáles son los instrumentos de previsión social? ¿Qué dificultades nos encontramos en un territorio basado en autonomías respecto a la protección social? ¿Cuál

es el panorama en los países de la OCDE y de la UE y qué medidas se han adoptado?

1. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA COMO MARCO INCLUSIVO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

La protección social complementaria, o también denominada previsión social complementaria, es un elemento más dentro de los sistemas de protección social. No obstante, el legislador no la acompaña de una definición y tampoco formula unos rasgos conceptuales básicos de la misma. Tampoco existe una regulación normativa precisa y unitaria como recomendó el Pacto de Toledo de 1995⁴. Con todo, se puede definir como un sistema de naturaleza privada, voluntaria y complementaria al sistema público de la Seguridad Social, que opera en el plano individual. El concepto “protección social” abarca un *“conjunto de técnicas protectoras de las necesidades sociales, ya sean públicas o privadas, económicas y técnicas, adicionales a las que ordena el régimen público, mínimo, obligatorio y suficiente de la Seguridad Social”*⁵. Según el Sistema Europeo de Estadísticas de Protección Social (SEEPROS), en términos generales, la protección social abarca *“todas aquellas intervenciones públicas o privadas destinadas a aligerrar la carga que representa para los hogares y particulares una serie de riesgos o necesidades previamente determinados, siempre que no exista una contrapartida simultánea o recíproca por parte del beneficiario”*. Como se puede observar en esta definición se incluyen tanto las intervenciones públicas como privadas, las cuales engloban la protección social, pero si nos centramos en la *protección social complementaria*, nos referimos a las intervenciones privadas. Por lo tanto, mientras los sistemas públicos de Seguridad Social constituyen el núcleo central, los sistemas privados sirven para complementar las anteriores. El objetivo de todo sistema complementario es incentivar el ahorro, mediante la asignación voluntaria de parte de la renta de la unidad económica individual, familiar, colectiva o empresarial para cubrir las posibles futuras contingencias que no son suficientemente atendidas. Esto es, su propósito se centra en mejorar la tasa de sustitución, de modo que los beneficiarios mantengan un nivel de vida similar al que les permitía el trabajo⁶. Según MONEREO PÉREZ, *“la protección so-*

⁴ AGUILERA IZQUIERDO R., BARRIOS BAUDOR G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., *Protección social complementaria*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005. Pág. 44-45.

⁵ *Ibid.*, pág. 49.

⁶ “Regímenes de pensiones, Seguridad Social”, *Oficina Internacional del Trabajo. Asociación Internacional de la Seguridad Social* 4, Ginebra, 2001, pág. 99.

cial complementaria libre implica el compromiso de reservar un sector privado para la realización de la política de protección social, bajo un régimen regulador y tutelador garantizado por la intervención legislativa, pero claramente colocado fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social". Siguiendo al mismo autor, "el derecho estatal asume, respecto de los sistemas privados complementarios, una función esencialmente reguladora, en el ejercicio de la cual establece un conjunto de reglas de organización que sirven para institucionalizar y controlar los procedimientos de producción privada de reglas jurídicas relativas a las medidas y regímenes de previsión voluntaria..."⁷. Por lo tanto, se trata de "un conjunto heterogéneo de medidas protectoras cuya nota común reside en que se encaminan a la cobertura de riesgos y situaciones de necesidad con una protección que van más allá del ámbito del sistema prestacional de la Seguridad Social básica y obligatoria"⁸ ⁹. Asimismo, GARCÍA BECEDAS define la protección social complementaria como técnicas protectoras de naturaleza privada y voluntaria que tienen la finalidad de complementar los regímenes públicos de seguridad social y de ese modo, garantizar a los beneficiarios una elevada tasa de sustitución de las rentas en activo¹⁰.

La importancia que puede poseer esta protección social complementaria se intensifica con los problemas de sostenibilidad económica y social que sufre el sistema público de Seguridad Social por efecto de la situación de envejecimiento demográfico que experimenta la sociedad, por el descenso de cotizantes y por la falta de ingresos entre otros. En definitiva, si a esta situación le añadimos el descenso de natalidad y un aumento de la esperanza de vida, resulta necesaria la complementación de los sistemas de pensiones públicos para garantizar unas pensiones suficientes en cuantía. Se puede decir que el factor desencadenante o impulsor de los sistemas de previsión social complementarios privados fue la situación socio-económica. Ya se mencionó en el año

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., "Gestión Pública y Gestión Privada de las Pensiones", X. Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, 2013, pág. 383-436.

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., "La función institucional de los planes de pensiones", Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones, Comares, Granada, 2004, pág. 892.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., "Los planes de pensiones en el sistema de protección social: configuración técnica y orientaciones de la reforma", *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pág. 1419.

¹⁰ LANDA ZAPIRAIN, J.P., HERNÁEZ MANRIQUE, F.J., TENÉS ITURRI, R., *Lecciones de Seguridad Social (I), el sistema de Seguridad Social: su régimen general y la protección social complementaria*, UPV/EHU Servicio editorial, Bilbao, 2004, pág. 211.

1995, con la aprobación de un catálogo de propuestas de reforma, denominado Pacto Toledo, que *“los sistemas de ahorro y previsión, externos a la Seguridad Social, deben tener por objeto exclusivo, la mejora del nivel de prestaciones que otorga la misma”*. Sin embargo, este motivo no es el único impulsor de estos sistemas privados, sino que también lo es la reducción de la calidad de las prestaciones públicas, ya que cada vez es más habitual que se reduzcan en cantidad, e incluso en calidad.

Dentro de la regulación estatal, el precepto básico en esta materia es el artículo 41 de la Constitución (CE), ya que está la recoge y lo apoya totalmente. El precepto acoge literalmente lo siguiente: *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*. Esto supone que todos podrán optar por este sistema de previsión social, y que el Estado deberá de animar, promover, desarrollar y garantizar el mismo.¹¹ Como afirma B. GONZALO GONZALÉZ, *“la previsión social voluntaria de cara al futuro ha pasado a ser tan Seguridad Social como la obligatoria, una y otra forman un todo único, cuyo objetivo es el de permitir la cobertura de las necesidades a cierto nivel, a partir del momento en que acaezcan una serie de acontecimientos en la vida del ciudadano”*¹². Estos instrumentos de protección social complementaria se basan en la autonomía de la voluntad y quedan fuera de la noción de Seguridad Social. Estamos ante un régimen complementario, libre y voluntario¹³, que se basa en la lógica contractual privada, y las prestaciones no son financiadas por las cotizaciones de los trabajadores, sino mediante los fondos constituidos exclusivamente por los propios asegurados. Recogiendo estas características, no se debe olvidar que la protección social complementaria se rige mediante unos principios de libertad constitutiva, organizativa y de gestión, voluntariedad estricta, autofinanciación y la falta de intervención del Estado. En definitiva, siguiendo a SUÁREZ CORUJO, *“los elementos definitorios y distintivos de los instrumentos de protección social complementaria externa a la seguridad social son: su naturaleza privada, voluntariedad, autonomía prestacional, autofinanciación, control público, y su incentivación fis-*

¹¹ URRUTIA ELORZA, J. R. y BLANCO IBARRA, F., *Modelo Autonómico de Previsión Social Voluntaria: Pasado, Presente, Futuro*, Ed. Federación de Cajas de Ahorros Vasconavarra, Vitoria.Gasteiz, 1997. Pág. 57.

¹² Idem.

¹³ MARTÍN BERNAL, J.M., *Seguridad social, fondos y planes de pensiones y mutualidades de previsión social*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 76-83.

cal". Por lo tanto, el artículo 41 CE, deja paso a cualquier régimen jurídico, incluso mercantil y como razona CASTRO ARGÜELLES, "el artículo 41 CE, se limita a establecer el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y a marcar las líneas que han de orientar su régimen jurídico, así como el desarrollo evolutivo que deba seguir"¹⁴. Sin embargo, los poderes públicos, podrían haber tomado otro camino: que las prestaciones complementarias siendo libres, fuesen también públicas, separándolas del nivel básico. Pero como ha quedado constatado, se desarrollaron unos sistemas complementarios voluntarios, privados y externos al sistema de la Seguridad Social¹⁵. Con esta disposición constitucional se excluye la obligatoriedad de la protección social complementaria y por lo tanto, el monopolio estatal de esa protección¹⁶.

Hay que destacar hasta cinco las características generales de la protección social complementaria¹⁷:

- 1) Es de carácter voluntario, esto es, depende de cada persona el adherirse o no a un concreto instrumento.
- 2) Puede ser de naturaleza privada o pública, es decir, cuando se reconoce en el artículo 41 CE, "prestaciones complementarias libres" no es equivalente a privado, sino a voluntario. No obstante, el legislador ha optado por la iniciativa privada en la configuración de la protección social voluntaria.
- 3) Se trata de un régimen complementario o adicional y tiene como finalidad la mejora de la protección básica dispensada por la Seguridad Social y no es sustitutivo del sistema público de la Seguridad Social. Esto significa que el trabajador y el empleador deben realizar las respectivas aportaciones al sistema público de la Seguridad Social, ya que no se liberan de esa obligación. Esa

¹⁴ CASTRO ARGÜELLES, M.A., "La Ley de la Seguridad Social y la prestación por incapacidad temporal: Sentencia TC 37/1994, de 10 de febrero", *El control de Constitucionalidad de las Normas Laborales de Seguridad Social. 20 casos de jurisprudencia constitucional*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 267.

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 115.

¹⁶ DE LA FUENTE LAVÍN, M., "Reparto y capitalización en la financiación de las pensiones (España en el contexto europeo)", *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, Editorial Comares, Granada, 2010, pág. 64.

¹⁷ "Los sistemas de pensiones: el sistema público y la previsión social complementaria". https://www.euskadi.net/r51conepsv/es/contenidos/informacion/manual_formacion_epsv/es_kh/adjuntos/Prevision%20social%20cast%201.PDF

complementación según ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, puede adoptar distintas formas¹⁸:

- Una protección social estrictamente complementaria, es decir que cubran las mismas contingencias que el sistema público de Seguridad Social, pero mejorando la prestación que corresponda.
 - Una protección social suplementaria-autónoma, es decir, tiene la finalidad de proteger a personas no incluidas en el sistema público de Seguridad Social o proteger distintas necesidades a las establecidas en el régimen público u otorgar prestaciones de diversa naturaleza y carácter respecto al régimen público de la Seguridad Social.
- 4) Nos hallamos ante un sistema financiero de capitalización: las aportaciones que uno realiza a lo largo de su vida activa se van acumulando en un fondo propio, para cuando el socio cumpla las contingencias cubiertas recibir la prestación correspondiente. En este caso, no existe ninguna solidaridad entre generaciones, como ocurre con el sistema de reparto de la seguridad social pública.
- 5) Son de carácter privado ya que, en principio, surgen de la libertad de las partes, aunque la gestión posterior quede sujeta al control administrativo.

Las características mencionadas son las que les diferencian del sistema público de Seguridad Social que es obligatorio, mayormente contributivo, de gestión pública y con un sistema de financiación de reparto. Por lo tanto, el sistema español de previsión social se basa en tres pilares:

Existe una protección social pública, conocida también como “primer pilar”, que es obligatoria y con derecho de todos los ciudadanos. A su vez, se divide en dos niveles: el nivel de carácter básico donde se encuadran las prestaciones no contributivas y el nivel de carácter contributivo y profesional que es obligatorio para todos los trabajadores por cuenta ajena y propia. Mientras el primer nivel se financia a través de los impuestos, el segundo en cambio, se financia mediante las cotizaciones de los trabajadores y empresas. De manera complementaria, contamos con la protección social complementaria y privada donde se

¹⁸ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Decimoctava edición, Madrid, 2002, pág. 601-602.

encuadran tanto los planes de pensiones de empleo, como los planes de pensiones individuales y asociados. El segundo pilar se basa en los mecanismos de previsión promovidos por una empresa que realiza a favor de sus trabajadores, mientras que el tercer pilar se constituirá por la decisión autónoma que tiene cada individuo y puede ser de manera personal o mediante un grupo (planes asociados). El segundo pilar, en el que los empresarios promueven la previsión social complementaria incluyendo a sus trabajadores en ella, garantiza el inicio temprano de las aportaciones y se adaptan de forma adecuada al ciudadano medio, ya que la mayoría de las prestaciones son en forma de renta.¹⁹

En cuanto a la implantación de dichos sistemas voluntarios, es de destacar el desarrollo desigual que se ha producido en las empresas, ya que la implantación en grandes empresas ha sido importante, mientras que en las pequeñas y medianas empresas no lo ha sido tanto. Sin embargo, en las administraciones públicas existen instituciones que han puesto en marcha para sus trabajadores sistemas de protección social complementaria, pero que han tenido escaso desarrollo. De todas formas, en 2004 se dictaron relevantes modificaciones normativas que permitieron la extensión de la protección social complementaria a la mayoría de los empleados públicos²⁰.

En resumen, es de destacar que el futuro de la previsión social complementaria está ligado a la evolución de la Seguridad Social obligatoria, a mayor descenso del nivel tanto en cantidad como en calidad de la seguridad social obligatoria, mayor incremento sufrirán las prestaciones complementarias. En consecuencia, se puede plantear una disyuntiva respecto a qué prestaciones deben mantener el carácter público y universal y qué prestaciones pueden ser gestionadas por los sistemas privados.

No debemos olvidar que los instrumentos de previsión social complementaria tienen las dos caras de la moneda, esto es, tienen ciertas ventajas e inconvenientes²¹:

Respecto a las ventajas, destaca por ejemplo que los regímenes privados dejan libertad a los grupos interesados para complementar las

¹⁹ SÁEZ FERNÁNDEZ, F.J., SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.T y LÓPEZ CASTELLANO, F., "Las mutualidades de previsión social y los sistemas de protección complementarios", Universidad de Granada, Fundación Once, Documento de Trabajo nº3, 2005, pág. 34.

²⁰ BRAVO FERNÁNDEZ, C., "La protección social complementaria en la empresa: desarrollo y perspectivas", *Lan Harremanak*, nº 10, 2004, pág.145.

²¹ *Regímenes de pensiones...* Oficina Internacional del Trabajo. Asociación Internacional de la Seguridad Social, *Op.cit.*, pág. 17-18.

pensiones públicas con su propio esfuerzo; cuentan con una flexibilización que facilita en la satisfacción de las necesidades de las empresas; y, al ser regímenes voluntarios y al basarse su financiación en la capitalización, acumulan un volumen considerable de fondos que pueden invertirse, y con ello, se aumenta el ahorro y se contribuye al aumento del capital nacional.

No obstante, se aprecian una serie de inconvenientes: estos regímenes tienen un fin lucrativo además de contar con costes administrativos altos; perjudican a los trabajadores económicamente más desfavorecidos; y, ante la insolvencia y movilidad profesional, el Estado no ofrece suficientes garantías para los beneficiarios. En fin, plantean muchos problemas en materia de igualdad, seguridad, conservación y transferencia de derechos.

2. INSTRUMENTOS DE PREVISIÓN SOCIAL

Los instrumentos de previsión social son instrumentos de libre iniciativa, funcionamiento y gestión, de los que surgen prestaciones de carácter privado que quedan fuera del marco protector que ofrece el sistema de Seguridad Social básico, es decir, tienen un perfil complementario. El papel que desempeñan estos instrumentos de las pensiones va unido a la noción jurídica de la Seguridad Social, ya que la razón de ser de estos mecanismos estriba en el vacío o insuficiencia de la cobertura del sistema público^{22 23}. Los instrumentos o modalidades que puede adoptar la previsión social voluntaria son principalmente dos: por un lado, los que se denominan Seguridad Social Voluntaria y que en nuestro ordenamiento jurídico son las mejoras voluntarias de Seguridad Social, que se encuentran incorporadas en la Seguridad Social interna; por otro lado, encontramos las previsiones sociales voluntarias que se ubican en el ámbito externo del sistema de Seguridad Social, como son por ejemplo, las mutualidades de previsión social, los planes y fondos de pensiones...²⁴. Estos instrumentos, tienen una regulación legal específica al margen de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), como a continuación podremos observar y coexisten una variedad de fórmulas que hacen que sea un sistema complejo, ya que hay una dispersión

²² MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “El espacio de las pensiones privadas: los planes de pensiones”, en. *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, Comares, Granada, 2010, pág. 277.

²³ MONEREO PÉREZ, J.L., *Público y privado en el sistema de pensiones... Op.cit.*, pág. 81.

²⁴ MONTOYA MELGAR, A. et. al. *Curso de Seguridad Social*, Universidad Complutense Madrid, 1998, pág. 179.

normativa e institucional; como menciona MONEREO PÉREZ, conforman un polisistema²⁵. No obstante, todas las técnicas de previsión social voluntaria tienen unas características comunes: *“interrelación entre previsión y provisión, es decir, acción de anticiparse a hechos futuros y disponer medios adecuados para atender a lo previsto, la tipificación de los riesgos o situaciones de necesidad protegidas, la contributividad o carácter contributivo de la financiación y sus derivaciones instrumentales de encuadramiento y control de los sujetos protegidos, su carácter facultativo, una determinación previa tanto de los riesgos o situaciones de necesidad protegidas como de los sujetos protegidos por el régimen o sistema previsor, un margen razonable de seguridad de que frente a la actuación de las contingencias previstas el sistema atenderá las situaciones de necesidad que éstas ocasionen, son mecanismos de gestión de riesgos y su soporte técnico-jurídico es el de la técnica o institución jurídica del seguro como forma de gestión de los riesgos sociales, y un derecho subjetivo de prestación de los beneficiarios...”*²⁶ ²⁷. Desde la aprobación de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, la provisión de pensiones privadas no puede llevarse a cabo a través de los fondos internos de la empresa y, por tanto, los compromisos por pensiones han de externalizarse mediante estos instrumentos. La finalidad de esta externalización se dirige a proteger los intereses de los trabajadores frente a situaciones de insolvencia de los empresarios²⁸.

2.1. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Estas mejoras voluntarias son un instrumento de previsión social que se pueden definir como *“obligaciones legales o contractuales de la empresa con sus trabajadores, derivadas de la propia voluntad del empresario o fruto del contrato de trabajo o de la negociación colectiva, que tengan por objeto mejorar la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social”*²⁹. Es cierto, que no hay una definición o concepto legal de las mejoras volunta-

²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “El espacio de las pensiones privadas: los planes de pensiones...*Op.cit.*”, pág. 276.

²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., “La función institucional de los planes de pensiones” *en. Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, *Op.cit.*, pág. 894-895.

²⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., “Los planes de pensiones en el sistema de protección social: configuración técnica y orientaciones...”, *Op.cit.*, pág. 1421.

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., “Los principios constitutivos de los planes privados de pensiones”, *en. Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, pág. 923.

²⁹ GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Ed. J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 31.

rias, por lo que la doctrina ha acudido a fórmulas distintas que abordaremos en profundidad más adelante, en el Capítulo II y siguientes.

2.2. MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

Las mutualidades de previsión social son entidades aseguradoras sin ánimo de lucro que están incorporadas en el artículo 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, se encuentran reguladas por el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre de 2002 y el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados (TRLOSSP). El artículo 64 de esta ley define las mutualidades de previsión social como *“entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementario al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras”*. De esta definición se puede extraer que las mutualidades de previsión social operan fuera del ámbito de la Seguridad Social obligatoria, son entidades independientes y tienen su propia naturaleza jurídica distinta a la de la Seguridad Social. Están integradas por individuos que comparten un patrimonio, con la finalidad de cubrir los riesgos que les pueden surgir en su vida laboral. También se puede apreciar que en la definición se establecen dos tipos de cobros, es decir, por un lado, están las aportaciones a prima fija y por otro lado las aportaciones a prima variable. Las primeras tienen un funcionamiento similar a las de las sociedades anónimas de seguros, ya que los mutualistas cobran las cuotas al principio de la cobertura del riesgo. Las segundas, en cambio, funcionan cobrando derramas con posterioridad al acaecimiento de los siniestros, aunque deben exigir una cuota de entrada para adquirir la condición de mutualistas y deben constituir un fondo de manobra que permita pagar siniestros y gastos sin esperar al cobro de las derramas³⁰.

Previo aprobación del Real Decreto Legislativo 6/2004, las mutualidades ya estaban reguladas en otras leyes. Las Mutualidades de Previsión Social han tenido una gran tradición y arraigo en España, siendo las primeras fórmulas de previsión, pero en los últimos años se han visto en un proceso de actualización y modernización³¹. Así, en un primer

³⁰ SÁEZ FERNÁNDEZ, F.J. et al., *El mutualismo de previsión social y los sistemas de protección complementarios*, Thomson, Civitas, Navarra, 2006, pág. 89.

³¹ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa. La previsión empresarial en España*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 203.

momento, las incluyeron en la Ley 33/1984, de Ordenación del Seguro Privado, y de esta manera se encontraban igualadas respecto a las entidades aseguradoras, ya que debían cumplir los mismos requerimientos de liquidez y solvencia. Con esta inclusión, las mutualidades pasaron del sistema de reparto al sistema de capitalización y a partir de entonces, dependen de la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda en vez del Ministerio de Trabajo. Posteriormente, se aprobó la Ley 8/1987, de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, con la finalidad de potenciar el sistema de previsión complementaria y, en consecuencia, las mutualidades se vieron limitadas, dado que los Planes y Fondos de Pensiones les ganaron posición. Esta segunda regulación, sobre todo, fue la que planteó una fuerte reestructuración en las mutualidades, ya que los Fondos de Pensiones eran una competencia intensa, porque gozaban de un tratamiento fiscal favorable. La exigencia de mayor capitalización que se les exigía a las mutualidades, arrojó como resultado que estas entidades perdieran importancia³².

Las Mutualidades de Previsión Social tienen las siguientes características fundamentales:

- 1) Ausencia de ánimo de lucro. En estas organizaciones prima la solidaridad y la ayuda mutua frente al beneficio personal o el individualismo. Así, estas entidades no tienen la intención de adquirir y obtener beneficios. Los resultados obtenidos se reparten en proporción a la participación en la actividad de la empresa, no dependiendo del capital que se tiene³³. Predomina el carácter personalista ante el capitalista y por ello, los mutualistas tienen los mismos derechos y representación, dejando de lado sus cuotas o sus derechos económicos³⁴.
- 2) El mutualismo se caracteriza por la autogestión de los propios beneficiarios. Esto hace que aunque cuenten con profesionales y técnicos para desarrollar sus políticas, no disponen de otras entidades de carácter mercantil y por ello, no se ve incrementado el coste real de la previsión social³⁵.

³² SANCHÉZ MARTÍNEZ M.T. "El mutualismo de previsión social en España", CIEREC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº57, abril 2007, pág. 233.

³³ SÁEZ FERNÁNDEZ, F.J. et al., *El mutualismo de previsión social y los sistemas de protección complementarios...Op.cit.*, pág. 56.

³⁴ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág. 207.

³⁵ *Ibid.* pág. 208.

- 3) La condición de tomador del seguro de los mutualistas o de asegurado será inseparable de la de mutualista.
- 4) Relación estatutaria: en este tipo de instituciones, la relación que se crea entre el socio y la entidad es estatutaria y no contractual y en este estatuto se establecerán los derechos y obligaciones de los mismos.
- 5) Son sociedades de personas y no de capitales y, por tanto, debe existir igualdad de obligaciones y de derechos para todos los mutualistas, sin perjuicio de que las aportaciones y prestaciones guarden la relación estatutariamente establecida con las circunstancias que concurren en cada uno de ellos. La principal obligación de los mutualistas es la de cumplir los acuerdos adoptados por los órganos de la mutualidad, pero también tienen una serie de derechos, entre otros, derechos políticos, informativos y económicos.
- 6) Solidaridad entre los mutualistas: este principio se puede observar claramente cuando los socios de menor edad y con mejor estado de salud pagan unas cuotas de mayor cantidad comparando con los riesgos que tienen. Esta relación ocurre para que los mutualistas de mayor edad y menos saludables paguen menos. Se distribuye por tanto el importe de las cuotas entre todos los socios, sin tener en consideración las edades de los socios.
- 7) Limitación de la responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales. Se limita a una cantidad inferior al tercio de la suma de las cuotas que hubieran satisfecho en los tres últimos ejercicios, con independencia de la cuota del ejercicio corriente.
- 8) La incorporación de los mutualistas debe ser voluntaria y requerirá una declaración individual del solicitante, de carácter general derivada de acuerdos adoptados por los órganos representativos de la cooperativa o de los colegios profesionales. En esta última forma, el colegiado o cooperativista tiene la facultad de oponerse de modo expreso a su incorporación a la Mutualidad y de no adquirir dicha condición³⁶.
- 9) La mutualidad deberá constituirse al menos con 50 mutualistas.
- 10) Existe la figura del socio protector: normalmente este suele ser el promotor-fundador de la entidad, pero por eso no tiene el

³⁶ YANINI BAEZA, J., "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro", en. DE LA VILLA, L.E., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 962.

control efectivo de la entidad. El socio protector, como lo define URRUTIA ELORZA, “es el iniciador, motivador e instigador, ante el colectivo de futuros asociados, de la idea de la cobertura frente a posibles riesgos, eventos o contingencias personales que pueden suceder”³⁷. Esta figura sólo suele aparecer en las mutualidades de empleados de empresa y su papel tiene importancia, sobre todo en los primeros momentos de la constitución de la mutualidad.

- 11) La remuneración de los administradores será un gasto más de administración y no podrá superar los límites a estos efectos establecidos por el Ministerio de Economía y Hacienda.
- 12) Para garantizar las obligaciones asumidas por la mutualidad, debe constituirse un mínimo fondo mutua, un fondo de manobra, unas provisiones técnicas, un margen de solvencia suficiente y un fondo de garantía. Si la mutualidad goza de una situación de estabilidad financiera, tendrá un desarrollo equilibrado con el que podrá hacer frente a los compromisos adquiridos con los beneficiarios y, a su vez, podrá superar los controles que realice la autoridad competente.
- 13) La competencia sobre las mutualidades de previsión social ha sido asumida por la mayoría de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, únicamente dos han ejercitado su competencia legislativa plena, el País Vasco y Cataluña³⁸.

La función principal de las Mutualidades es el abono de las pensiones complementarias y las contingencias que cubren son muy parecidas a las que cubren las prestaciones de la Seguridad Social pública, esto es, las mutualidades pueden asegurar contingencias por muerte, viudedad, orfandad, jubilación, prestaciones por razón de matrimonio, maternidad e hijos, y también podrán asegurar los accidentes e invalidez para el trabajo, enfermedad, defensa jurídica, asistencia y defunción. Asimismo, las mutualidades pueden realizar operaciones de seguro de riesgos sobre las cosas: entre otros se pueden cubrir las viviendas de protección oficial, maquinaria, bienes o instrumentos de trabajo de los mutualistas cuando son pequeños empresarios... También pueden

³⁷ URRUTIA ELORZA, J.R. y BLANCO IBARRA, F., *Modelo Autonómico de Previsión Social Voluntaria: Pasado, Presente, Futuro...*, *Op.cit.*, pág. 61.

³⁸ Con la aprobación de la Ley del Parlamento Vasco, de 27 de octubre de 1983, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria y la Ley del Parlamento Catalán, de 23 de diciembre de 1991, de Mutualidades de Previsión Social. DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...* *Op.cit.*, pág. 208-209.

ofrecer servicios de asistencia sanitaria, de residencia para los ancianos, formación para los hijos de los asegurados...³⁹ En resumen, se distinguen dos grandes grupos, es decir, las que otorgan prestaciones económicas y las que realizan la prestación de servicios, prevaleciendo en España los primeros, excepto en Cataluña⁴⁰.

Para hacer frente a todas estas prestaciones, la mutualidad reúne previamente unos recursos financieros. Estos recursos se obtienen de las aportaciones directas de los asociados o de las realizadas por los socios protectores, y además las mutualidades podrán aceptar donaciones, subvenciones, legados o cualquier otro ingreso que provenga tanto de personas físicas como jurídicas⁴¹.

Para poder constituirse una mutualidad, se deben cumplir una serie de requisitos formales⁴²:

- En la denominación de la mutualidad debe figurar la expresión “mutualidad de previsión social”, que es reservada para estas entidades. Ésta podrá sustituirse por la abreviatura “MPS”.
- En el momento de constituirse deberá de indicarse si se establece a prima fija o a prima variable o si operan con ambos sistemas.
- Para evitar confusiones, no puede crearse una entidad con la misma denominación que va siendo utilizada por otra.

Además de los requisitos formales que han de cumplir las mutualidades para su constitución es necesario registrar la mutualidad en el Registro Mercantil mediante escritura pública para adquirir la personalidad jurídica. Después, para poder poner en marcha su actividad es necesaria la autorización administrativa previa, que ha de solicitarse ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Esta última, dará su autorización o denegación motivada mediante Orden Ministerial. Tras conseguir dicha autorización, podrán formalizar el Estatuto por el que se regirán y se dará inscripción automática en el

³⁹ GARCÍA-GALLEGO A., ARIAS-CASTILLO E., y MURES-QUINTANA M.J., “Caracterización de las mutualidades de previsión social en España. Comparación estadística con las mutuas”, *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, nº 79, 2013, pág. 65-67.

⁴⁰ DE PALOL I AGUSTÍ, J., “Modalidades y características de la previsión social”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 12, diciembre, 1991, pág. 68-69. http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/rev12_03.pdf

⁴¹ *Ibid*, pág. 62.

⁴² LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.M., “Seguridad Social Complementaria”, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI-2003, Madrid. Pág. 65.

Registro Administrativo de Entidades Aseguradoras⁴³. Asimismo, deberán establecer su domicilio social y éste será el lugar en el que se efectúe la administración y dirección de la entidad o el centro donde se desarrolle su principal explotación. Ese establecimiento de domicilio social es muy importante a la hora de establecer quién será el competente para dar la autorización y supervisión a ésta. Esta supervisión lo realizará la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma (regulado en el artículo 32 de la Ley 5/2012, de 23 de febrero, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria). Se trata, por tanto, de autorizaciones operativas, ya que se somete a un estatus especial que implica un control constante por parte de la Administración; y en caso de no realizarse de la forma prevista por el ordenamiento jurídico, se le podrá revocar la autorización administrativa que se le concedió en su momento⁴⁴. Según el Reglamento de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados aprobado a través del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y modificado posteriormente por el RD 1361/2007 y el RD 128/2015, se establece que el Estatuto de la mutualidad debe recoger necesariamente lo siguiente⁴⁵:

- Denominación y domicilio social de la mutualidad.
- Sometimiento de la mutualidad a la normativa específica sobre ordenación y supervisión de los seguros privados y disposiciones complementarias.
- Objeto de la mutualidad y el ámbito territorial en el que desarrollará su actividad.
- Requisitos objetivos que deben reunir los mutualistas para su admisión.
- Derechos y obligaciones de los mutualistas.
- Normas para la constitución del fondo mutual, reintegro de las aportaciones de los mutualistas y devengo de intereses por éstas.

⁴³ En el caso de la Comunidad Autónoma vasca, se registrará en el Registro de Entidades de Previsión Social Voluntaria de Euskadi.

⁴⁴ BATALLER GRAU, J., *El redimensionamiento de las mutualidades de previsión social como instrumento complementario del sistema de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Universitat de Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2005, <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51596.pdf>, pág. 178.

⁴⁵ Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión de los Seguros Privados. <http://www.dgsfp.mineco.es/sector/documentos/legislacion/Real%20Decreto%202486.pdf>

- Indicaciones de si los mutualistas responden por las deudas sociales.
- Consecuencias de la falta de pago de las derramas pasivas y aportaciones obligatorias.
- Regulación de sus órganos de gobierno.
- Forma en el que los mutualistas pueden examinar los documentos relativos a las cuestiones incluidas en el orden del día de cada Asamblea General.
- Normas que deberán aplicarse para el cálculo y distribución de las derramas.
- Normas de liquidación de cada ejercicio social.
- Sometimiento de los mutualistas, en cuanto tales y no como tomadores o asegurados, a la jurisdicción de los Tribunales del domicilio social de la entidad.

Una vez constituida, la Junta Directiva desempeñará la función de órgano de control. Se encargará de ser el foro de participación de las empresas, pero sin que pueda suponer un control efectivo que perjudique a los trabajadores⁴⁶.

Cuando nos referimos las mutualidades de previsión social, no debemos olvidar distinguir las principales modalidades o clases que hay:

1) Mutualidades de carácter empresarial:

En estos casos, la mutualidad actúa como un instrumento de previsión social empresarial⁴⁷.

En este tipo de mutualidades son en las que se dan los siguientes requisitos:

- Todos sus mutualistas son empleados, concurriendo como socios protectores o promotores las empresas.
- Las prestaciones que se otorguen son consecuencia de acuerdos de previsión entre la empresa y sus empleados.

⁴⁶ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág. 209.

⁴⁷ Manual de previsión social complementaria, Eusko Jaurlaritzza/Gobierno Vasco, Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia, Vitoria-Gasteiz, 2008. http://www.ogasun.ejgv.euskadi.eus/contenidos/informacion/manual_formacion_epsv/es_kh/ad-juntos/Manual%20Prevision%20Social%20cast.PDF

- Las obligaciones y derechos de los mutualistas figuran en los estatutos.

2) Mutualidades de profesionales colegiados: a estas mutualidades también se les denomina mutualidades de previsión social con carácter alternativo. Siguiendo el artículo 2 del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social, es posible que determinados colectivos profesionales, de manera voluntaria, creen otras mutualidades alternativas, como se recoge en el artículo 2: *“las mutualidades de previsión social podrán ser además alternativas al régimen de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos”*. En este caso se agrupan profesionales que ejercen una actividad por cuenta propia. A estos se les da la opción de optar por las prestaciones derivadas del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, o de incorporarse a la mutualidad del colegio. Estos regímenes profesionales ofrecen al asegurado las mismas prestaciones que ofrece la Seguridad Social y además puede ampliar dichas prestaciones ya que tiene una naturaleza complementaria.

3) Mutualidades gremiales: estas se han creado en torno al ejercicio de alguna actividad o profesión.

4) Mutualidades de base cooperativa: la Entidad de Previsión Voluntaria Lagun-Aro, perteneciente al grupo Mondragón es el ejemplo más destacable de este tipo de mutualidades. En este caso, la incorporación de los socios es automática y se basa en el cooperativismo.

Además de la clasificación anterior, algunos autores realizan la siguiente triple clasificación respecto a las modalidades o clases de mutualidades de previsión social que existen actualmente⁴⁸:

- 1) Mutualidades de previsión social de ámbito estatal y de ámbito autonómico: en los primeros se aplicará la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, siendo competencia del Estado su ordenación y supervisión. Sin embargo, en los segundos, es decir, en los supuestos que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias exclusivas en la materia, además de regirse por la ley estatal, se les aplicarán las normas dictadas por las Comunidades Autónomas competentes.

⁴⁸ TAPIA HERMIDA, A.J., *Derecho de seguros y fondos de pensiones*, Iustel, Madrid, 2014, pág. 54-55.

- 2) Mutualidades de previsión social generales y empresariales: los primeros supuestos están compuestos por personas físicas o jurídicas o por otras entidades o personas protectoras quienes a través de sus aportaciones complementan el sistema de Seguridad Social mediante la mutualidad. En los segundos supuestos, en cambio, todos los mutualistas deben ser empleados de una determinada empresa; las promotoras serán las empresas que los emplean y las prestaciones que deriven de ella serán resultado del acuerdo alcanzado entre las dos partes.
- 3) Mutualidades de previsión social de cobertura limitada y de cobertura ampliada: las mutualidades de primer tipo tienen su capacidad operativa limitada al ámbito de cobertura y a las prestaciones que se recogen en la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, mientras que los de cobertura ampliada gozan de una libertad más amplia, ya que pueden otorgar prestaciones distintas a las señaladas en la ley. No obstante, son excepcionales y por ello, deben pedir una autorización administrativa.

Respecto a los órganos de gobierno que existen en estas mutualidades, son dos. Por un lado, la Asamblea General y por otro, el Consejo de Administración o Junta Directiva. Mientras el primero es un órgano de expresión de la voluntad social donde todos los mutualistas pueden participar, el segundo órgano es de representación, gobierno y gestión de la mutualidad y la elección de los miembros la realizarán los mutualistas.

Finalmente, ¿cómo se extinguen las mutualidades de previsión social? En primer lugar, puede que a consecuencia de que se de alguna de las causas recogidas en el artículo 26 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados (TRLOSSP), el Ministerio de Economía y Hacienda tenga que revocar la autorización administrativa concedida previamente. Entre las causas recogidas en dicho artículo están las siguientes: la renuncia expresa de la entidad; la mutualidad de previsión social deja de cumplir alguno de los requisitos establecidos por la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados para el otorgamiento de la autorización administrativa o incurre en causa de disolución...Esta revocación no extingue la personalidad jurídica, sino que impide que la mutualidad siga ejerciendo la actividad aseguradora. Además de la revocación, se recogen una serie de causas de disolución en el artículo 27 de la misma ley, entre las que se destacan que la revocación de la autorización administrativa afecte a todas las ramas en que opera la entidad, haber quedado reducido el número de

socios a una cifra menor que la exigida legalmente... Este proceso de disolución, supone la extinción de la entidad. En último lugar, existe la liquidación de la mutualidad de previsión social que consiste en la liquidación tanto del pasivo como del activo para después repartir el remanente entre los socios. Una vez realizada dicha liquidación, se procede a la cancelación de la inscripción en los Registros, es decir, tanto del Registro mercantil como del Registro administrativo de entidades aseguradoras.

Las Mutualidades de Previsión Social han tenido que hacer frente a distintos desafíos durante toda su historia. Entre los desafíos más destacables cabe mencionar la desregulación financiera y la integración de los mercados de seguros y de previsión en la Unión Europea. Por lo tanto, ante esta situación las mutualidades de previsión social han tenido que adoptar medidas de reestructuración. Ante este hecho, se han podido detectar los puntos fuertes y débiles que tienen las Mutualidades y así se puede decir que su incremento tendrá mucha conexión con el arraigo social. Asimismo, jugará a su favor, la intensa relación que se cree entre la entidad y el beneficiario. Las características de las mutualidades, es decir, la ausencia de ánimo de lucro, la autogestión, la no diferenciación de cuotas por grupos de edad y sexo y el sentido solidario que tienen también son factores que les favorecen. Sin embargo, hay un factor negativo que es el tamaño o dimensión de estas mutualidades, debido a que son de tamaño reducido y quizá les resulte por ello más difícil competir ante las compañías de seguros y fondos de pensiones. Además, tendrán dificultades para crecer y expandirse sin perder su identidad, sobre todo en caso de querer entrar en mercados internacionales. Asimismo, las mutualidades pueden tener dificultades a la hora de encontrar directivos para trabajar para ellas, ya que éstos prefieren trabajar en empresas capitalistas convencionales, donde desempeñan su labor con mayor independencia respecto a los socios y donde pueden además obtener mayores incentivos económicos.

2.3. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

Los Planes y Fondos de Pensiones, como recoge la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre) en su artículo 1, *“definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez...”*. Dicha Ley fue desarrollada por el RD 304/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones. Al mismo modo que las

mutualidades de previsión social, son contratos a través de los cuales se promueve el ahorro, y se caracterizan por tener un carácter voluntario, privado y complementario. Se constituyen de manera voluntaria, pero no son sustitutivos a la Seguridad Social pública, además de no tener personalidad jurídica. Los planes y fondos de pensiones tienen una doble dimensión: económico-financiera y social. La primera dimensión hace referencia a la finalidad de ahorro-pensión para una inversión rentable que permita la conservación y el acrecentamiento del patrimonio del plan de pensiones. La segunda dimensión, es decir, el carácter social de los planes y fondos de pensiones se constata en que la finalidad se centra en proteger las necesidades sociales, y además los planes de pensiones de empleo tienen un carácter colectivo⁴⁹. Este carácter social puede ponerse en entredicho cuando las inversiones financieras que realiza el plan no resultan rentables y lleve a la falta de recursos económicos necesarios para hacer frente a los derechos consolidados de los beneficiarios del plan. Incluso la Ley y el Reglamento de los Planes y Fondos de pensiones refleja este hecho cuando posibilita la contratación de seguros, avales y otras garantías para la cobertura de riesgos determinados. Por lo tanto, esta función social puede quedar frustrada en función de los rendimientos del plan⁵⁰.

El término de Planes y Fondos de Pensiones engloba dos conceptos, por un lado, el de Planes de Pensiones y, por otro lado, el de Fondo de Pensiones. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 206/1997, de 27 de noviembre, dictó y definió de la siguiente manera los planes pensiones: “*consiste en un acuerdo contractual de estructura compleja, con la finalidad de garantizar, como causa misma del consentimiento de voluntades, la percepción por los beneficiarios de una serie de prestaciones económicas cuando se produzcan los acaecimientos previstos para su percepción*”, mientras que estableció la siguiente noción de Fondo de Pensiones: “*...la creación de masas patrimoniales destinadas a gestionar las aportaciones de los diferentes Planes*”⁵¹. Por lo tanto, con el plan de pensiones se entiende y se hace referencia a las reglas de funcionamiento y constitución de ese patrimonio. Esto es, se concretan los derechos y obligaciones de los partícipes y beneficiarios, las prestaciones a dispensar y las obligaciones que asumen los sujetos implicados. Estos planes deben integrarse obligatoriamente en

⁴⁹ SUÁREZ CORUJO, B., *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 236-260.

⁵⁰ ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 145.

⁵¹ STC de 27 de noviembre de 1997, rec. 206/1997.

un fondo de pensiones que recibe las aportaciones y contribuciones que ha de conservar e invertir en el mercado de capitales⁵². Se trata de “*un instrumento de inversión de ahorro-pensión acordado en un plan de pensiones o de varios planes de pensiones*”⁵³ y carece de personalidad jurídica⁵⁴. Puede parecer que el fondo de pensiones tiene un carácter meramente instrumental, pero los dos instrumentos son importantes, ya que la existencia de uno depende de la existencia del otro⁵⁵. Para gestionar el fondo de pensiones el legislador reguló tres órganos o entidades: en primer lugar, la entidad gestora del fondo, que se encarga de la administración del patrimonio; en segundo lugar, la entidad depositaria, que su función es la de custodiar el patrimonio; y en tercer lugar, la comisión de control que se encarga de controlar la administración que llevan a cabo las dos instituciones anteriores⁵⁶.

Hasta llegar a la actual regulación del RD Legislativo 1/2002, de 29 de diciembre, y su desarrollo reglamentario en el RD 304/2004, de 20 de febrero, han existido otras dos etapas anteriores: por un lado, la aprobación de la Ley 8/1987, de 8 de junio, que fue desarrollada por el RD 1307/1988, de 30 de septiembre, con la intención de relanzar los Planes de Pensiones; y por otro lado, la aprobación de la Ley 20/1995, donde se recogía la obligatoriedad de exteriorizar los compromisos por pensiones asumidos por los empresarios a través de estas instituciones.

Como establece RODRÍGUEZ HURTADO, el plan tiene una serie de características⁵⁷: es voluntario, al igual que el resto de los regímenes complementarios basados en el art. 41 CE y esta voluntariedad tiene una doble dimensión, esto es, la dimensión institucional que hace referencia a la libertad de creación del Plan de pensiones basándose en la autonomía de negociación, y la dimensión individual, que consiste en el derecho que tiene el trabajador de adherirse o no a un plan de pensiones. Por otra parte, el plan no puede ser sustitutivo del sistema público de la Seguridad Social, es decir, la inclusión en algún Plan de

⁵² MORENEO PÉREZ, J.L. y FERNANDÉZ BERNAT, J.A., “El espacio de las pensiones privadas: los planes de pensiones” ..., *Op.cit.*, pág. 28.

⁵³ MONEREO PÉREZ, J.L., *Público y privado en el sistema...**Op.cit.*, pág. 136.

⁵⁴ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...**Op.cit.*, pág. 93.

⁵⁵ ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...**Op.cit.*, pág. 148.

⁵⁶ *Ibid.* pág. 149.

⁵⁷ RODRÍGUEZ HURTADO, J.L., *La voluntariedad en el sistema de Protección Social. Aseguramiento voluntario público y previsión complementaria*, Colección Estudios, Madrid, 2004, pág. 296-297.

pensiones no exime de la obligación de afiliación y alta en el régimen público de la Seguridad Social; y a pesar de tener un rígido control administrativo, tiene una naturaleza jurídica privada. En cuanto a la voluntariedad y libertad que recoge la Constitución, se puede decir que el plan tiene ciertas limitaciones como ha recordado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la Sentencia 208/1988, de 10 de noviembre: *“la lógica de un régimen público de protección social es la lógica de la igualdad y de la solidaridad y que el Estado ha de respetar además en su integridad la libertad de mantenimiento de sistemas voluntarios de protección, que pueden continuar existiendo al margen del Estado, pero cumpliendo las exigencias que la legislación general impone”*⁵⁸. Por tanto, la función del Estado en estos casos será la de la tutela y control, ya que le corresponde velar los principios y elementos configuradores básicos establecidos por el legislador⁶⁰. En los planes de pensiones de empleo puede cuestionarse esta voluntariedad, debido a que la libre adhesión individual del trabajador puede quedar en entredicho, por existir una adhesión automática⁶¹. Respecto al carácter no sustitutivo, *“supone que los regímenes privados no pueden invadir el espacio vital reservado a la protección social que confiere a la Seguridad Social, espacio atribuido en la Constitución al régimen público de la Seguridad Social”*⁶². Por tanto, las acciones protectoras del plan de pensiones y los de la Seguridad Social se pueden desarrollar de manera conjunta y de forma independiente. Pero, en definitiva, el plan de pensiones *“intensifica la acción prestacional garantizada por el sistema básico que es ofrecido por la Seguridad Social”*⁶³.

En cuanto a los sujetos que participan en dichos planes y fondos de pensiones, se puede realizar una doble clasificación:

Por un lado, sitúan los sujetos constituyentes que lo integran tanto el promotor del plan como los partícipes. En el primero, se incluye cualquier entidad, corporación, sociedad, empresa, asociación, sindicato o cualquier otra clase de colectivo y le corresponde presentar el proyecto

⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., “Los planes de pensiones en el sistema de protección social: configuración técnica y orientaciones...”, *Op.cit.*, pág. 1425.

⁵⁹ STC de 10 de noviembre de 1988, rec. 208/1988.

⁶⁰ ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 154.

⁶¹ MONEREO PÉREZ, J.L., *Público y privado en el sistema...Op.cit.*, pág. 139.

⁶² MONEREO PÉREZ, J.L., “Los principios constitutivos de los planes...”, *Op.cit.*, pág. 918.

⁶³ ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 160.

inicial del plan de pensiones. Los segundos, son las personas físicas por la que se crea el plan, y puede que realicen aportaciones o no.

Por otro lado, contamos con los beneficiarios, que son las personas físicas que recibirán las prestaciones, hayan aportado o no al patrimonio del plan.

También aparece otra figura que es el de los partícipes en suspenso, esto es, los que han dejado de realizar aportaciones, pero mantienen sus derechos dentro del plan.

Respecto a las modalidades de planes de pensiones, se pueden distinguir tres modalidades:

- 1) Planes de pensiones dependiendo de quienes sean los sujetos constituyentes.
- 2) Planes de pensiones según sus obligaciones.
- 3) Planes de pensiones en función de sus procesos de inversión.

Dentro de los planes de pensiones que se clasifican según los sujetos constituyentes, cabe encuadrar tres modalidades: en primer lugar, está el sistema de empleo (régimen profesional complementario) donde el promotor puede ser cualquier entidad, corporación, sociedad, asociación, sindicato o colectivo y los partícipes en este caso, serán los empleados de esas. Dichos empleados pueden pertenecer tanto al sector privado como al público. En este caso es posible también que varias entidades o empresas promuevan juntos un plan de pensiones de empleo, con las determinaciones específicas⁶⁴. En segundo lugar, existe el sistema asociado, donde el promotor o promotores son cualquier asociación, sindicato, gremio o colectivo y los partícipes son sus asociados, miembros o afiliados; y en tercer lugar está el sistema individual, donde los partícipes pueden ser cualquier persona física y el promotor será uno o varias entidades financieras⁶⁵. Esta última modalidad fun-

⁶⁴ Dentro de los planes de pensiones de empleo se encuentran los planes de empleo de promoción conjunta que pueden resultar adecuados sobre todo para las pequeñas y medianas empresas. Para la promoción de estos sistemas complementarios en las PYMEs es importante buscar fórmulas de adhesión simples. Los Planes de empleo de promoción conjunta pueden crearse tanto por grupos de empresa como por varias empresas que tengan asumidos compromisos por pensiones [art.4.1.a) LPFP]. Deben llevar un anexo por cada empresa promotora, incorporando las condiciones particulares relativas al plan y a sus trabajadores partícipes, incluyendo cuáles son las prestaciones cubiertas y las contribuciones que deben realizarse. DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...* Op.cit. pág. 104-112.

⁶⁵ LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.M. et al., "Seguridad Social complementaria", *Op.cit.*, pág. 75.

ción de acuerdo con el principio de capitalización individual y por tanto, el partícipe realiza sus aportaciones a una cuenta individual que se incorpora a un fondo que se encarga de invertir los recursos que ha acumulado el partícipe⁶⁶. De los tres modelos referentes, hay que destacar que los planes de pensiones del sistema de empleo están ganando terreno frente al resto de las modalidades; y ello se debe principalmente por el impulso o fomento que el legislador ha proporcionado a este sistema en el sector público, por la obligatoriedad de exteriorización de los empresarios de los compromisos por pensiones asumidos y también por el mayor espacio de intervención que tiene la negociación colectiva⁶⁷.

Se puede realizar también una segunda clasificación según las obligaciones estipuladas. Así, se destacan tres modalidades: por un lado, los planes de prestación definida donde se establece la cuantía de las prestaciones que recibirán los beneficiarios, estableciéndola en términos absolutos o en función de magnitudes como el salario, la antigüedad...⁶⁸. En este caso, la responsabilidad de solvencia recae en aquellos que lo financian, normalmente los empleadores, a los que se les puede exigir que complementen las cotizaciones para asegurar el pago de las pensiones⁶⁹; por otro lado, los planes de aportación definida, donde se establece y define la cuantía de las contribuciones de los promotores o partícipes que realizarán al plan de pensiones. En este otro caso, el riesgo financiero recae en los trabajadores, determinándose la prestación en base a la rentabilidad que han generado sus inversiones. En definitiva, en esta modalidad la prestación dependerá de las aportaciones realizadas y del régimen financiero-actuarial de capitalización aplicable⁷⁰. En último lugar, se encuentran los planes mixtos, donde se establece tanto la cuantía de la prestación como la de la contribución. Teniendo en cuenta estas modalidades, y si se cruzan con las modalidades anteriores, los sistemas de empleo y asociados pueden ser de cualquiera de estas tres modalidades, mientras que los sistemas individuales sólo pueden ser de aportación definida.

⁶⁶ ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 175.

⁶⁷ MONEREO, J.L., "Gestión Pública y Gestión Privada de las Pensiones" ..., *Op.cit.*, pág. 383-436.

⁶⁸ TAPIA HERMIDA, A.J., *Derecho de seguros y fondos de pensiones...Op.cit.*, pág.231.

⁶⁹ Oficina internacional del Trabajo. Asociación Internacional de la Seguridad Social, *Regímenes de pensiones...Op.cit.*, pág. 103.

⁷⁰ ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 181.

Por último, es posible realizar una tercera clasificación, en función de los procesos de inversión. Es decir, el fondo de pensiones puede ser cerrado o abierto. El primero, únicamente se instrumenta mediante las inversiones del plan o planes de pensiones integrados en él, mientras que el segundo puede recibir inversiones de otros fondos, esto es, de fondos de pensiones de su misma categoría. La mayoría de los fondos de pensiones son de tipo cerrado⁷¹.

La misma ley que regula los planes y fondos de pensiones, recoge los principios básicos de los mismos en su artículo 5 y son los siguientes:

- No discriminación: ha de garantizarse el acceso, como la participación en el plan a cualquier persona física que reúna las condiciones de vinculación o de capacidad de contratación con el promotor establecidas para cada tipo de contrato. La prohibición de discriminación se deriva del artículo 14 de la Constitución, y se traslada a la regulación de los planes y fondos de pensiones⁷². Este principio es aplicable tanto a los sujetos afectados como a la posibilidad de introducir distintos niveles de prestaciones y aportaciones. Expresado en otros términos, en los planes de empleo este principio no resulta contradictorio a que las aportaciones realizadas por la empresa sean diferentes dependiendo del empleado, si esta diferenciación se fundamenta con razones objetivas que han sido aceptadas en la negociación colectiva⁷³. Se posibilita por tanto, la existencia de distintos subplanes, lo que supone la diversificación del tratamiento protector del sistema privado de pensiones⁷⁴. En este sentido, este principio resulta compatible con una razonable y justificada diferenciación de aportaciones del promotor teniendo en cuenta el acuerdo colectivo establecido con cada partícipe⁷⁵. De esta manera, cada subplan integra un colectivo de la plantilla total que se vería afecta-

⁷¹ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.* pág. 122-123.

⁷² SUÁREZ CORUJO, B., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 370.

⁷³ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág. 99.

⁷⁴ Los subplanes dentro de un plan genérico implican que se creen planes más reducidos en cuanto al número de partícipes y más adecuados a sus características. Posibilita a que existan distintas aportaciones y prestaciones dependiendo del subplan y por tanto, se da una mayor personalización de los planes de pensiones. ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 170.

⁷⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., "Los principios constitutivos de los planes privados...", *Op.cit.*, pág. 921.

do por la aplicación de unas especificaciones diferentes dentro del Plan de Pensiones, siendo admisible la existencia de distintas aportaciones y prestaciones⁷⁶. El Tribunal Supremo también se pronunció sobre el principio de no discriminación en los planes y fondos de pensiones respecto a los trabajadores temporales. En este caso, el Tribunal resolvió un litigio producido en el Banco Exterior de España por exigir un período mínimo de antigüedad a los trabajadores temporales, concretamente de dos años para poder incorporarse al plan de pensiones, a diferencia de lo que se les exigía a los trabajadores fijos. Con esta exigencia, se quedaban excluidos los trabajadores temporales de las aportaciones del promotor al plan. La respuesta del Tribunal fue clara declarando que la exigencia de la vinculación mediante un contrato de trabajo por tiempo indefinido prevista en la regulación del plan de pensiones de los empleados del Banco al objeto de eximirse del requisito del período de espera de dos años no supone discriminación para los trabajadores temporales, quienes en su caso podrán acceder al plan desde el mismo momento en que se conviertan en fijos y en igualdad de condiciones que éstos a partir ese mismo día (STS 2457/1991, de 26 de enero)⁷⁷. Teniendo en cuenta que todas las reformas de los planes y fondos de pensiones han tenido como finalidad la generalización de la previsión social complementaria, deberían eliminarse todos los obstáculos que impidan el acceso a los ciudadanos a estos instrumentos. Si a esto le añadimos que actualmente domina un mercado laboral caracterizado por contratos temporales, nos encontramos con dificultades a la hora de generalizar dichos sistemas complementarios. Respecto del ámbito de género, se deja constancia de que el derecho a participar en un plan de pensiones empresarial debe ser la misma tanto para los hombres como para las mujeres⁷⁸. En este punto también surgen dudas sobre la participación del personal de alta dirección en un plan de pensiones del sistema de empleo. ¿Es discriminatorio constituirse un plan de pensiones donde se excluyan a los altos directivos por no formar parte del personal afectado por el convenio? En principio, el personal de alta dirección debería gozar de la oportunidad de adherirse

⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., “Planes y Fondos de pensiones”, en. DE LA VILLA GIL, L.E., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1005-1006.

⁷⁷ STS de 26 de enero de 1993, rec. 2457/1991.

⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., “Los principios constitutivos de los planes privados...”, *Op.cit.*, pág. 922.

al plan, sin tener la obligación de adherirse por no ser personal afectado por el convenio colectivo. No obstante, esta voluntariedad de adhesión que gozan los altos directivos puede resultar comparativamente desigual para el resto de los trabajadores por tener los primeros la opción de beneficiarse de la protección del plan de pensiones del resto de los trabajadores y además, poder beneficiarse de otro instrumento protector que les ofrezca el empleador⁷⁹.

- Capitalización individual: los planes de pensiones se instrumentan a través de sistemas financieros y actuariales de capitalización. La cuantía de las prestaciones de cada beneficiario, depende de las propias aportaciones realizadas⁸⁰. Es decir, el partícipe o el promotor paga por lo que desea recibir⁸¹. De este modo, la cobertura se resuelve por los activos que se invierten para financiar las futuras pensiones. Por tanto, se descartan otros medios de financiación como por ejemplo, la capitalización colectiva o el sistema de reparto del sistema público de Seguridad Social⁸².
- Irrevocabilidad de aportaciones: las contribuciones que realizan los promotores tendrán carácter irrevocable, es decir, el promotor tiene la obligación de realizarlas. Tal como se establece en el artículo 9 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, *“las aportaciones son irrevocables desde el momento en que resulten exigibles según las prescripciones del citado contrato, con independencia de su desembolso efectivo”*. De esta manera, cuando el promotor realiza su aportación se produce un traspaso automático a favor del partícipe⁸³. Esta posibilidad únicamente se reconoce en los planes de pensiones del sistema de empleo, donde se deja la posibilidad de que los promotores realicen aportaciones a favor de los partícipes. Con el establecimiento de este principio, se quiere ofrecer

⁷⁹ SUÁREZ CORUJO, B., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág.410-414. Véase para más información sobre el régimen jurídico del alto directivo laboral, SÁNCHEZ URAN-AZAÑA, Y., *El alto directivo laboral. Un estudio jurídico sobre la titularidad y el ejercicio del poder en la empresa*, Madrid, 1991.

⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Comares, Granada, 2004, pág. 52.

⁸¹ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Estudios de Derecho Laboral, Civitas, Madrid, 2001, pág. 142.

⁸² MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *“El espacio de las pensiones privadas...”*, *Op.cit.*, pág. 279.

⁸³ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 57.

tanto a los partícipes como a los beneficiarios las máximas garantías respecto a los derechos de pensiones que pueden generar a través del plan de pensiones⁸⁴.

- Atribución de derechos: son las contribuciones y las aportaciones a los planes junto el sistema de capitalización los que determinan la titularidad de una serie de derechos a los partícipes. En este sentido, cuando se extingue la relación laboral entre el partícipe y el promotor de un plan de pensiones, el partícipe tiene unos derechos adquiridos ya consolidados en base a lo aportado hasta entonces. Los derechos consolidados, entonces, se podrán hacer efectivos cuando se produzca el hecho que da lugar a la prestación, salvo que se pretenda movilizar los derechos para integrarlos en otro plan de pensiones diferente o cuando se produzca un supuesto de enfermedad grave o desempleo de larga duración⁸⁵.
- Integración obligatoria: los planes de pensiones han de integrarse a un fondo de pensiones obligatoriamente. Los fondos son el patrimonio sin personalidad jurídica, y lo componen las aportaciones de los miembros del plan y los rendimientos que se logran mediante su inversión⁸⁶. Esta obligatoriedad no supone su automaticidad, es decir, el fondo a través de su órgano de control debe admitir el plan que pretende la integración, tras revisar el proyecto del plan.
- Limitación de aportaciones: la ley establece unas aportaciones anuales máximas a los planes de pensiones.

Además de los principios comentados, en los planes de pensiones privados se comparte el riesgo entre los partícipes y por ello, se diseñan las siguientes garantías⁸⁷: en primer lugar, se garantiza la movilidad o transferibilidad de los derechos consolidados de un partícipe; en segundo lugar, se debe garantizar la continuidad de los compromisos a largo plazo y la solvencia frente a las circunstancias empresariales y del mercado financiero; y en tercer lugar, se deben articular garantías frente a la transmisión de empresa. Estas garantías se establecen gracias a que los planes y fondos de pensiones son independientes de las em-

⁸⁴ ROMERO BURILLO, A.M., Los planes de pensiones del sistema de empleo...*Op.cit.*, pág. 277-279.

⁸⁵ *Ibid.* pág. 280.

⁸⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, 55.

⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., "Los principios constitutivos de los planes privados...", *Op.cit.*, pág. 933-938.

presas, debido a que estas últimas tienen la obligación de externalizar los compromisos de pensiones. Además, los derechos consolidados por los partícipes no pueden ser embargados, ni tampoco pueden ser traba judicial o administrativa hasta que se cause el derecho a la prestación⁸⁸.

Una vez analizado el concepto, las modalidades, los principios y las garantías por los que se rigen los Planes de Pensiones, debemos preguntarnos cómo se crean dichos Planes. ¿Cuál es la tramitación que ha de seguirse? A continuación, se detallan los pasos que deben efectuarse:

- 1) El promotor, elaborará el proyecto inicial del Plan con sus especificaciones. En los Planes de Pensiones del sistema de empleo, el promotor debe informarles a los trabajadores del Plan. Las especificaciones son aspectos que el Plan debe recoger necesariamente y están recogidos en el artículo 6 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 (TRLRPF): ámbito personal del Plan y su modalidad, normas para constituir la Comisión de Control del Plan, sistema de financiación, adscripción a un Fondo de Pensiones, prestaciones, contingencias y derechos y obligaciones de los partícipes y beneficiarios, causas para la modificación del Plan, normas relativas a altas y bajas de los partícipes, causas de terminación del Plan y normas para su liquidación...^{89 90}.
- 2) Formación de una comisión promotora, donde estén representados tanto el promotor o promotores como los trabajadores para negociar el proyecto.
- 3) En los Planes de Empleo, la comisión promotora adoptará los acuerdos adecuados para ejecutar el proyecto inicial y recabará dictamen de un actuario independiente sobre la suficiencia del sistema financiero y actuarial del proyecto. Éste deberá ser revisado al menos cada tres años y si es necesaria una introducción de variaciones en las aportaciones, contribuciones, prestaciones...la comisión de control propondrá y acordará lo que estime oportuno.

⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., "El espacio de las pensiones privadas...", *Op.cit.*, pág. 316.

⁸⁹ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...**Op.cit.*, pág.101.

⁹⁰ DE VAL TENA, A.L., *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 110-111.

- 4) Una vez obtenido el dictamen favorable, el proyecto se presentará ante el Fondo de Pensiones en que pretende integrarse. Este último tomará su decisión y se lo comunicará a la comisión promotora del Plan de Empleo o al promotor del Plan individual o asociado. El Fondo de pensiones analizará el proyecto del plan y, si cumple con los requisitos exigidos por la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, lo aceptará.
- 5) Tras esta comunicación se podrá empezar a incorporar a los partícipes en el Plan. Para ello, se establecerá un plazo para que los que no quieran incorporarse al plan puedan comunicarlo por escrito. Esto ocurrirá en los casos en los que se realiza una incorporación directa de los partícipes al Plan, por así establecerse en el convenio colectivo o acuerdo adoptado por la empresa. Con esta integración automática y directa de los participantes por medio de convenio colectivo, se potencia la negociación colectiva a la hora de implantar los planes del sistema de empleo. Sin embargo, también es posible lograr la suscripción de los partícipes a través de documentos individuales o colectivos donde se exprese la adhesión al Plan.

Constituido el Plan de Pensiones, es necesaria su incorporación a un Fondo de Pensiones para atender las prestaciones derivadas de la ejecución del Plan. Para ello, será necesaria la autorización administrativa previa del Ministerio de Economía, y se hará mediante escritura pública otorgada por la entidad promotora, donde se recogerá la denominación o razón social, y el domicilio del promotor o promotores y de las entidades gestora y depositaria, se identificará a quiénes se representa, y la denominación, objeto y normas de funcionamiento del Fondo. Posteriormente, será necesaria la inscripción en el Registro Mercantil y en el Registro Administrativo Especial de Fondos de Pensiones. Para administrar y gestionar este Fondo de Pensiones, existe la entidad gestora que será una Sociedad Anónima y, por otro lado, existe la entidad depositaria que será la que custodiará los activos financieros. Los fondos de pensiones se caracterizan por su autonomía, que queda reflejada en varios aspectos que mencionaba la Sentencia 206/1997 del Tribunal Constitucional, como son los requisitos de funcionamiento del Fondo, la estricta separación patrimonial entre el Fondo y los promotores y partícipes de los Planes en cuanto a la responsabilidad...⁹¹.

Asimismo, se pueden distinguir distintas clases de fondos dependiendo de los criterios que se tengan en cuenta. En este sentido, podrán

⁹¹ MONTOYA MELGAR, A. et. al. *Curso de Seguridad Social...Op.cit.*, pág. 191.

ser fondos de pensiones de empleo o personales, dependiendo el tipo de planes de pensiones que integren. Además, podrán ser pensiones monoplán, donde sólo se instrumenta un único plan, o pensiones multiplán en los que se instrumentan dos o más planes. En último lugar, los fondos de pensiones podrán ser cerrados o abiertos, teniendo en cuenta si instrumentan exclusivamente las inversiones del plan o planes integrados en él o si pueden canalizar las inversiones en otros fondos⁹².

La financiación de dichos Planes se basa en las aportaciones realizadas tanto por parte de los partícipes como por los promotores en caso de los Planes del Sistema de Empleo. Estas aportaciones estarán destinadas a cubrir las contingencias de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, viudedad, orfandad y dependencia severa o gran dependencia del partícipe. Las prestaciones que se abonan por dichas contingencias son de carácter dinerario y podrán ser recibidas por los beneficiarios, tanto en forma de capital, de renta, o mixtas. En el primer supuesto, se da un pago único inmediato a la fecha de la contingencia, mientras que, en el segundo caso, se realizan dos o más pagos cada año. En último lugar, existe la posibilidad de combinar rentas con un pago en forma de capital. El tiempo en el que se percibe la prestación será fijada por el partícipe o beneficiario.

Existen medios de control y supervisión de los Planes y Fondos de Pensiones y éstos pueden ser tanto privados como públicos. Respecto al control interno de los Planes de Pensiones, es importante recordar que debe crearse una comisión de control, bien en los Planes de Pensiones de Empleo como en los Asociados. Esta comisión juega un doble papel, esto es, por un lado es el supervisor del funcionamiento del plan y por otro lado, sirve como instrumento de participación y representación de los interesados⁹³. Así, estará formada por los representantes del promotor o promotores, los representantes de los partícipes y de los beneficiarios. Éstos pueden ser designados por la Comisión Negociadora del Convenio o por acuerdo de los representantes de los trabajadores. En este acto de designación podemos observar la vinculación que el legislador quiso impulsar entre la negociación colectiva y los planes de pensiones⁹⁴. Sin embargo, esta vinculación siempre ha sido controver-

⁹² TAPIA HERMIDA, A.J., *Manual de derecho de seguros y fondos de pensiones*, Thomson, Civitas, Navarra, 2006, pág. 317-318.

⁹³ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., "El espacio de las pensiones privadas...", *Op.cit.*, pág. 310.

⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., "Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social: ¿continuidad

tida y así fue también el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la designación de los miembros de la comisión de control, ya que lo declaró inconstitucional (STC 128/2010, de 29 de noviembre)⁹⁵. Pero el legislador reformuló dicha disposición mediante la Ley 27/2011, para que se mantuviese la vía de intervención de la negociación colectiva en el nombramiento de los miembros del órgano de supervisión y control del plan. Participando en la comisión de control, los partícipes asumen facultades en la gestión del desenvolvimiento de su plan de pensiones⁹⁶. En definitiva, se fomenta la participación activa de los sujetos directamente interesados en las instituciones de previsión⁹⁷. Así lo constató también el Tribunal Supremo cuando aludía a que la comisión de control debe estar formada por representantes del promotor o promotores, partícipes y beneficiarios, de forma que se garantice la presencia de todos los intereses. Además, esa comisión se caracteriza por tener dos colegios electorales uno de partícipes y otro de beneficiario por tener listas abiertas y por el voto que será libre, directo y secreto (STS 4366/1999, de 29 de noviembre)⁹⁸. En los Planes de pensiones individuales la función de la comisión la desempeñará el promotor. La Comisión refleja la participación directa que tienen los interesados en la gestión de los Planes y Fondos de pensiones. La representación de la comisión de control debe mantener varios criterios, como por ejemplo una representación paritaria de los promotores⁹⁹. Por lo tanto, ¿quiénes pueden ser elegibles? Por un lado, los promotores pueden ser los partícipes del plan, siempre y cuando no estén en suspenso por extinción, o tengan suspendida la relación laboral y los beneficiarios, siempre y cuando les corresponda una representación en la comisión de control. No obstante, existe una prohibición: para ser miembro de la comisión de control no se puede ostentar participación superior al 5% del capital social en una entidad gestora de su fondo de pensiones, ni adquirir acciones de la misma durante su cargo en la comisión de control¹⁰⁰.

o renovación?" en. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 31, Universidad de Granada, 2012, pág. 29-30.

⁹⁵ STC de 29 de noviembre de 2011, rec. 128/2010.

⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., "Los principios constitutivos de los planes privados...", *Op.cit.*, pág. 931.

⁹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., *Público y privado en el sistema de pensiones...Op.cit.*, pág. 300.

⁹⁸ STS de 29 de noviembre de 2000, rec.4366/1999.

⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., "Los principios constitutivos de los planes privados...", *Op.cit.*, pág. 932.

¹⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág.144.

Según el artículo 7 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, la comisión de control tiene las siguientes funciones que no son las únicas ya que en las propias especificaciones del plan pueden ampliarse y complementarse:

- Supervisar el cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo que se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios.
- Seleccionar el actuario o actuarios que deban certificar la situación y dinámica del plan.
- Nombrar los representantes de la comisión de control del plan en la comisión de control del fondo de pensiones al que esté adscrito.
- Proponer y, en su caso, decidir en las demás cuestiones sobre las que la presente Ley le atribuye competencia.
- Representar judicial y extrajudicialmente los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones.
- Resolver las reclamaciones que le formulen los partícipes y los beneficiarios.
- Revisar y modificar las especificaciones del plan. En esta tarea pueden aparecer discrepancias entre la representación de los partícipes y beneficiarios o/y los representantes del promotor. Para solucionar dichos problemas algunos planes y fondos de pensiones recogen el arbitraje como medio adecuado de solución de conflictos¹⁰¹.

Además de la comisión de control de los Planes de pensiones, debe mencionarse la comisión de control del Fondo de pensiones. Al igual que la comisión de control de los Planes de pensiones, está representada a los intereses de los promotores, partícipes y beneficiarios. Cuando el fondo instrumenta diversos planes, la comisión de control del fondo de pensiones se formará con representantes de todas las comisiones de control de los planes. En las normas de funcionamiento se deberá establecer el procedimiento para la elección y renovación de los miembros y la duración de su mandato¹⁰². Las funciones de dicha comisión se establecen en el artículo 14.2 de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones:

- Supervisión del cumplimiento de los planes adscritos.

¹⁰¹ Ibid. Pág. 162.

¹⁰² DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág. 125-126.

- Control de la observancia de las normas de funcionamiento, del propio fondo y de los planes.
- Nombramiento de los expertos cuya actuación esté exigida en la presente Ley, sin perjuicio de las facultades previstas dentro de cada plan de pensiones.
- Propuesta y, en su caso, decisión en las demás cuestiones sobre las que la presente Ley le atribuye competencia.
- Representación del fondo, pudiendo delegar en la entidad gestora para el ejercicio de sus funciones.
- Examen y aprobación de la actuación de la entidad gestora en cada ejercicio económico, exigiéndole, en su caso, la responsabilidad prevista en el artículo 22 de esta Ley.
- Sustitución de la entidad gestora o depositaria, en los términos previstos en el artículo 23.
- Suspensión de la ejecución de actos y acuerdos contrarios a los intereses del fondo.
- En su caso, aprobación de la integración en el fondo de nuevos planes de pensiones.

Tanto la comisión de control de los planes de pensiones como la comisión del fondo de pensiones para desempeñar sus funciones necesitan información precisa que, en su caso, podría chocar con el artículo 18 de la Constitución y con la Ley sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. En este sentido, los Tribunales determinarán el alcance de este derecho a la información para no vulnerar el derecho a la intimidad¹⁰³.

Además del control interno hasta ahora mencionado, existe un control externo por parte del Ministerio de Economía y Hacienda en concreto, mediante la Subdirección General de Planes y Fondos de Pensiones. Le corresponde a este organismo la supervisión externa de los Planes y Fondos de Pensiones y sus funciones son las siguientes¹⁰⁴:

- Dar la autorización correspondiente de inscripción y registro administrativo previo al inicio de actividad de cualquier nuevo Plan o Fondo y posteriores modificaciones de su Reglamento.

¹⁰³ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág. 113-114.

¹⁰⁴ FONT DE MORA SAINZ, P. et al., *Planes de pensiones y exteriorización de los compromisos empresariales*, Tirant Monografías, Valencia, 2000, pág. 52-53.

- Autorizar la inscripción de cualquier nueva Sociedad Gestora, así como cualquier modificación posterior.
- Recibir, revisar y verificar la información reservada de los estados financieros remitidos, y referidos tanto para los Planes y Fondos, como para las Entidades Gestoras. En esta función, el Ministerio de Economía y Hacienda, vigilará y comprobará que se cumple la normativa vigente de los Planes y Fondos de Pensiones, y adoptará medidas, en caso de situación de crisis, para preservar y restaurar la solvencia de éstos.
- Calificar las infracciones que puedan cometer los Fondos y Entidades Gestoras, y en su caso sancionarlas. Estas infracciones se regulan en la Sección 4ª del Capítulo IX de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y se clasifican dichas infracciones en leves, graves y muy graves.

La Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones recoge las causas de terminación y disolución o liquidación de los Fondos de Pensiones. Así, los Planes de Pensiones finalizarán cuando se dé alguna de estas causas:

- 1) No cumplir los principios básicos recogidos en la Ley.
- 2) Paralización de su Comisión de control y por ello, la imposibilidad de funcionar.
- 3) Cuando el Plan no haya cumplido las medidas previstas en un plan de saneamiento en el plazo establecido, o cuando habiendo requerido para ello, no lo haya realizado.
- 4) Imposibilidad de efectuar las modificaciones necesarias establecidas en la revisión del Plan.
- 5) Ausencia de partícipes y beneficiarios en el Plan durante más de un año. Para que pueda finalizarse el plan por esta causa, será necesario que se garanticen los derechos de los partícipes en suspenso o que se transfieran a otro Plan de pensiones¹⁰⁵.
- 6) Disolución del promotor del Plan.
- 7) Cualquier otra causa establecida en las especificaciones del Plan.

Siguiendo el artículo 15 de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, donde se regula la disolución y liquidación de los Fondos de pensiones, serán causas de disolución los siguientes:

¹⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 165.

- 1) La revocación de la autorización administrativa.
- 2) La paralización de su Comisión de control, de modo que resulte imposible su funcionamiento, en los términos que se fijen reglamentariamente.
- 3) La renuncia de la entidad gestora o depositaria, si transcurridos dos años no se designara una entidad sustitutiva, o bien fueran aquéllas disueltas como consecuencia de un procedimiento concursal, y en el plazo de un año se designasen nueva o nuevas entidades.
- 4) La decisión de la Comisión de control, o en ausencia de ésta, por acuerdo favorable de su promotor, la entidad gestora y depositaria.
- 5) Por cualquier otra causa establecida en sus normas de funcionamiento.

Una vez realizada la disolución, se abre el período de liquidación, de la que se encargaran la comisión de control junto con la entidad gestora y la entidad depositaria. De todas formas, antes de llegar a este paso, es decir, a la liquidación, se exigirá la garantía individualizada de las prestaciones causadas y la continuidad de los Planes adscritos mediante otro Fondo ya constituido o aun por constituir. Asimismo, los partícipes tienen un plazo para que designen el plan al que deseen que se les transfieran sus derechos consolidados. El acuerdo de dicha disolución ha de inscribirse tanto en el Registro Mercantil como en el Registro Administrativo especial de los Planes y Fondos de Pensiones y deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

2.4. CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro, como se recoge en el artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), es aquél por el que el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. De esta definición, podemos extraer los siguientes elementos básicos¹⁰⁶: en primer lugar, el interés, que se entiende como la relación de contenido económico que existe entre un sujeto y un objeto; en segundo lugar, el

¹⁰⁶ TAPIA HERMIDA, A.J., *Manual de derecho de seguros y fondos de pensiones...*, *Op.cit*, pág. 151-152.

riesgo, y éste debe estar bien delimitado y con claridad en la póliza de seguro, ya que cuando suceda ese evento dañoso nacerá la obligación que asume el seguro ante ese riesgo; en tercer lugar, la flexibilidad y amplitud, que permite los seguros contra daños pero también los seguros de personas; en último lugar, es destacable el tipo de relación existente entre el tomador y el asegurador, debido a que mientras el primero está obligado a pagar en todo momento si quiere tener la cobertura del asegurador, el segundo únicamente pagará la prestación cuando suceda el evento asegurado. Supone una relación jurídica compleja, ya que los vinculados por el contrato de trabajo recurren a una técnica y a un sujeto mercantil para establecer la gestión de las mismas. En este sentido, mientras trabajadores y empresario se encuentran vinculados por una relación laboral, el asegurador y empresario-tomador están vinculados al ámbito mercantil que regula la actividad aseguradora¹⁰⁷.

Además de la Ley de Contrato de Seguro, han de tenerse en cuenta otras normas como la LOSSP y el Reglamento que desarrolla esta ley. Sin embargo, en algunos supuestos la LCS funcionará de manera supletoria, ya que algunos seguros concretos tienen una normativa específica.

La Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores frente a la insolvencia del empresario, ya recogía en su artículo 8 la obligación de los Estados miembros a garantizar a los empleados sus derechos en materia de previsión suplementaria o complementaria bajo tal situación en la compañía mercantil. Para cumplir con esta directiva, el Estado español aprobó la prohibición de mantener fondos internos para asegurar los compromisos por pensiones asumidos por el empresario. La alternativa a esta prohibición, por tanto, descansa en tener que acudir a sistemas de gestión externos a la empresa y así ofrecer mayor garantía a la hora de cumplir las obligaciones asumidas por las empresas. Existen distintos instrumentos para llevar a cabo esta externalización, pero los contratos de seguros son un instrumento idóneo para cumplir esta obligación de exteriorización como se recoge tanto en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (disposición adicional 1^a) como en el RD 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios.

Estas empresas, pueden contratar dichos seguros por decisión unilateral o colectiva, con las entidades aseguradoras que tengan autoriza-

¹⁰⁷ YANINI BAEZA, J., "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias...", *Op.cit.*, pág. 963.

ción administrativa. Respecto a las modalidades existentes, hay que destacar tres¹⁰⁸: en primer lugar, el seguro puede ser para el caso de la muerte del asegurado; en segundo lugar, existe el seguro para caso de vida, donde se tendrá en cuenta que el asegurado sobreviva en una determinada fecha; y en tercer lugar, los seguros mixtos, donde el asegurador cubre tanto el riesgo de muerte como el de sobrevivencia. En ciertas ocasiones se ha realizado una doble clasificación, distinguiendo entre seguros de daños en sentido estricto y seguros de personas y en este último grupo distinguiendo los siguientes contratos: de accidentes, de enfermedad y asistencia sanitaria y el seguro de vida. El seguro de accidentes cubre una lesión corporal que produce una incapacidad temporal o permanente o la muerte; por su parte, el seguro de enfermedad consiste en el pago de los gastos de asistencia sanitaria y farmacéutica y el seguro de asistencia sanitaria cubre la asistencia médica y quirúrgica; y el seguro de vida consiste en el pago de una prestación cuando se produzca un evento que se refiere a la duración de la vida humana¹⁰⁹.

A pesar de la existencia de las modalidades comentadas, todas ellas reúnen las siguientes características¹¹⁰:

- 1) Se trata de un contrato aleatorio, porque el asegurador se obliga a pagar una prestación ante un siniestro, que es eventual, sin conocer el alcance hasta que suceda el hecho causante.
- 2) Es un contrato oneroso, bilateral y sinalagmático.
- 3) Es un contrato único y sus efectos se extienden a lo largo de un periodo de tiempo.
- 4) Se trata de un contrato consensuado y por tanto, es necesario el consentimiento de las partes.
- 5) Es un contrato de adhesión, porque el asegurador previamente establece la base de las condiciones generales y particulares que después las aprobará el tomador con su adhesión.

En cuanto a las personas participantes del contrato de seguro, hay que destacar los siguientes:

¹⁰⁸ AGUILERA IZQUIERDO R., BARRIOS BAUDOR G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., *Protección social complementaria...Op.cit.*, pág. 232.

¹⁰⁹ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías...Op.cit.*, pág. 160.

¹¹⁰ TAPIA HERMIDA, A.J., *Derecho de seguros y fondos de pensiones...Op.cit.*, pág. 140-141.

- 1) El asegurador: El asegurador, será aquella entidad aseguradora, privada como pública, que cumpla los requisitos o condiciones de acceso y de ejercicio de la actividad y es la persona que asume el pago de la indemnización cuando se produzca el evento que está asegurado. Si se retrasa en ese pago, el legislador en el artículo 20 de la LCS reguló con la finalidad de proteger al asegurado, la indemnización de daños y perjuicios causados por la mora del asegurador. Aunque la obligación principal consiste en el pago de la prestación, conforme al artículo 5 de LCS, el asegurador debe entregar la póliza o, al menos un documento de cobertura provisional al tomador del seguro.
- 2) El tomador del seguro: es la persona que contrata el seguro con el asegurador siendo su obligación principal el pago de la prima que esté estipulada en la póliza. En el caso del seguro de vida, será la empresa la que asuma los compromisos por pensiones con sus trabajadores y por eso, será la que se encargará del pago de las primas. De manera excepcional es posible que la empresa incorpore únicamente a un trabajador en la póliza de seguro por tener asumidos compromisos por pensiones únicamente con él y no con el resto de los trabajadores¹¹¹. Es de gran importancia no olvidar que está prohibido que el tomador del seguro sea un grupo de empresas o una asociación empresarial. Además de la obligación principal, *“el tomador de seguro o el asegurado deberán, durante el curso del contrato, comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas”* (art. 11 LCS).
- 3) El asegurado: es el titular del interés asegurado, es decir, la persona que asume el riesgo y es el trabajador al que se le facilita la prestación en caso de que suceda el evento que está cubierto.

El asegurado y el tomador del seguro pueden ser la misma persona y en este caso, será un seguro por cuenta propia, mientras que si no coinciden, se habla de seguro por cuenta ajena¹¹². En este último supuesto, se requiere del asegurado su consentimiento en

¹¹¹ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág.173.

¹¹² LA CASA GARCÍA, R., *Contrato de seguro y previsión social complementaria en el ámbito laboral*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2000, pág. 64.

los seguros para el caso de muerte o sobre su integridad corporal y debe tratarse de un consentimiento formal por escrito¹¹³.

- 4) Beneficiario: es la persona que tiene la legitimidad para reclamar la prestación asegurada ante el asegurador. Para identificar dichos beneficiarios, habrá que observar los términos de la designación que el propio asegurado haya comunicado en último lugar al asegurador¹¹⁴. Así, las contingencias de jubilación, jubilación asimilable e invalidez corresponderán al propio asegurado, mientras que en el supuesto de fallecimiento, serán beneficiarias las personas designadas por el asegurado¹¹⁵. Esta designación debe realizarse de modo que no ocasione dudas sobre su identificación, determinando nombre y apellidos u omitiendo estos datos, pero estableciendo las condiciones o requisitos para su identificación posterior. En caso de no realizarse esta designación, habrá que aplicar lo establecido en la póliza o convenio colectivo¹¹⁶.

Los sujetos asegurados como los beneficiarios disfrutan de derechos de información sobre la póliza del seguro¹¹⁷, debido a que no tienen la posibilidad de participar y controlar las condiciones de póliza en contraposición a los Planes y Fondos de Pensiones. Esta información ¿en qué se basa? Por un lado, la aseguradora está obligada a entregar al asegurado un certificado de seguro donde conste su incorporación

¹¹³ DE VAL TENA, A.L., *La exteriorización de los compromisos por pensiones...Op.cit.*, pág. 146.

¹¹⁴ YANINI BAEZA, J., "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias...", *Op.cit.*, pág. 967.

¹¹⁵ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág. 177.

¹¹⁶ YANINI BAEZA, J., *Las mejoras voluntarias en la seguridad social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, pág. 95-96.

¹¹⁷ La entidad aseguradora deberá informar al tomador antes de celebrar el contrato, el nombre del Estado miembro en el que se establezca el domicilio social de la entidad y su dirección. Esta información debe constar en la póliza o en el documento de cobertura provisional. Asimismo, antes de celebrar el contrato de seguro, el tomador de seguro deberá recibir una nota informativa clara y precisa donde se recojan entre otros, la denominación social de la empresa contratante y su forma jurídica, duración del contrato, condiciones, plazos y vencimientos de las primas, indicaciones generales relativas al régimen fiscal aplicable...y las modificaciones de éstas si se producen. Por su parte, los trabajadores adheridos al contrato y los beneficiarios, deben recibir una vez al año mínimo, una certificación por parte de la entidad aseguradora donde se refleje el número de póliza, situación individualizada del pago de primas, los rescates y reducciones efectuadas que le afecten y las coberturas y prestaciones que tiene. DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág. 180-181.

o renovación de la póliza. Por otro lado, los asegurados y beneficiarios una vez al año, recibirán un certificado donde se recoja, entre otros datos, el número de póliza, rescates y reducciones que les afecten, prestaciones del beneficiario garantizadas... (art. 34 RD 1588/1999). Mediante acuerdo colectivo puede acordarse la ampliación de esta información. Ya se recogía en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, en la sesión celebrada en el Congreso de los Diputados del 29 de diciembre de 2010 que *“En línea con las recomendaciones para el sistema público de pensiones, la Comisión considera necesario que se mejoren los sistemas de información a los partícipes y a los beneficiarios de los sistemas complementarios, de modo que la misma sea más personalizada y, mediante su simplificación y el uso de un lenguaje más sencillo, permita que sus destinatarios tengan, en todo momento, un conocimiento exacto y periódico de los derechos consolidados que van generando, así como de los gastos que se le imputan, de modo que se logre un mayor grado de responsabilidad individual sobre la previsión complementaria.”* (Recomendación nº 16). La entidad aseguradora debe entregar también al asegurado un certificado de seguro con motivo de su incorporación al colectivo asegurado o de la renovación de la póliza cuando se trata de seguros temporales¹¹⁸.

Un contrato de seguro de vida es un tipo de seguro de personas pudiendo cubrir las contingencias de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, viudedad y orfandad, y fallecimiento, aunque el mismo contrato siempre deberá determinar de manera expresa qué es lo que cubre. La razón de ello estriba en que la entidad aseguradora asumirá expresamente lo dispuesto en el contrato y no lo establecido en convenio colectivo¹¹⁹. Por eso, se destaca la importancia de determinar, directa y expresamente, las coberturas que asuma el asegurador, sin admitirse la mera remisión a convenios colectivos para definir las primas, las prestaciones aseguradas o cualquier otro elemento propio del compromiso que se asume mediante la póliza¹²⁰. Una vez concretado en el contrato lo que asumirá la entidad aseguradora, ésta deberá pagar la indemnización cuando se produzca el siniestro o evento que está asegurado en el tiempo estipulado, ya que, si se retrasa en el pago, deberá de indemnizar al asegurado por daños y perjuicios

¹¹⁸ DE VAL TENA, A.L., *La exteriorización de los compromisos por pensiones...Op.cit.*, pág. 167.

¹¹⁹ AGUILERA IZQUIERDO R., BARRIOS BAUDOR G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., *Protección social complementaria...Op.cit.*, pág. 237-238.

¹²⁰ DELGADO PLANÁS, C., *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa...Op.cit.*, pág. 175-176.

a excepción de que se produzca dicho siniestro por dolo o mala fe del asegurado. No obstante, antes de efectuarse el pago de la pensión, hay otros actos que han de tramitarse: en primer lugar, comunicar el siniestro al asegurador correspondiente; y en segundo lugar, solicitar el pago de la prestación devengada por parte de las personas legitimadas para su percepción, el mismo asegurado o los beneficiarios¹²¹.

Respecto a las obligaciones que tiene la entidad aseguradora, principalmente es digno de mención el pago de la indemnización cuando se produzca el siniestro o evento asegurado, siempre y cuando no haya dolo o mala fe por parte del asegurado. El resto de las obligaciones se establecerán en el contrato de seguro¹²². ¿Qué ocurre en caso de que se haya producido una sucesión de compañías aseguradoras? ¿Quién es el responsable del pago de las obligaciones? En estos casos, lo que determina el régimen de imputación de responsabilidades es el momento del hecho causante¹²³.

No se debe olvidar que, en este tipo de contratos, existe el derecho de rescate y el derecho de reducción y participación en beneficios reconocidos en el artículo 94 de la Ley de Contrato de Seguro. El primero, se produce cuando el contratante del seguro no quiere o no puede seguir con el contrato, y con este derecho puede percibir una compensación por parte de las primas pagadas que corresponden a riesgos futuros. En este caso, se produce una denuncia unilateral del contrato que se basa en la voluntad del tomador del seguro¹²⁴. De la siguiente forma lo recoge el artículo 96 de la Ley de Contrato de Seguro: “*El tomador que haya pagado las dos primeras anualidades de la prima a la que corresponda el plazo inferior previsto en la póliza podrá ejercitar el derecho de rescate mediante la oportuna solicitud, conforme a las tablas de valores fijadas en la póliza*”. Y el segundo, consiste en evitar la resolución o suspensión del contrato de seguro por no poder pagar la prima en su totalidad o parcialmente. Así, se modificará el contrato, reduciendo la cuantía de la prestación asegurada. El derecho a la reducción corresponde al tomador del seguro, quién lo realizará mediante la declara-

¹²¹ YANINI BAEZA, J., *Las mejoras voluntarias en la seguridad social. Régimen del seguro colectivo laboral...* Op.cit., pág. 287-291.

¹²² AGUILERA IZQUIERDO, R., *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías...* Op.cit., pág. 179-185.

¹²³ YANINI BAEZA, J., “La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias...”, Op.cit., pág. 977.

¹²⁴ LA CASA GARCÍA, R., *Contrato de seguro y previsión social complementaria en el ámbito laboral...* Op.cit., pág. 123.

ción de voluntad correspondiente destinado al asegurador¹²⁵. Hay que tener en cuenta también que el tomador del seguro tiene derecho de rehabilitar la póliza en cualquier momento antes del fallecimiento del asegurado¹²⁶. Estos dos derechos mencionados son limitados, porque el rescate por parte del trabajador sólo se podrá ejercer en algunos supuestos especiales como son, por ejemplo, el cese o extinción de la relación laboral del asegurado, en casos de desempleo de larga duración y enfermedad grave del asegurado...¹²⁷. Por su parte, el empresario podrá ejercer su derecho a rescate en dos supuestos: en primer lugar, para mantener en la póliza la adecuada cobertura de los compromisos por pensiones que están en vigor; en segundo lugar, el empresario puede “movilizar” los derechos económicos generados a otro contrato de seguro o a un fondo de pensiones, manteniendo en el nuevo instrumento asegurador los compromisos por pensiones transferidos. En este caso, estamos más ante un supuesto de movilización de la provisión más que ante un supuesto de rescate¹²⁸.

En resumen, de los tres instrumentos de previsión social analizados, llama poderosamente la atención que el Gobierno español ha dado preferencia a los Planes y Fondos de Pensiones, considerando que son la fórmula idónea para desarrollar la previsión social complementaria. Sin embargo, tradicionalmente, han sido las mutualidades de previsión social las que han prevalecido por diversas razones: por un lado, la vinculación que existe de ciertos colectivos con sus mutualidades favorece a estas instituciones; por otro lado, también lo hace la ausencia del ánimo de lucro que tienen estas entidades; el ámbito objetivo de las mutualidades es más amplio que el de los planes de pensiones; y los costes del sistema de las mutualidades de previsión social es menor que el de los Planes y Fondos de Pensiones. En las mutualidades de previsión social existen límites para los gastos de administración establecidos por el Ministerio de Economía y Hacienda que no pueden superarse, pero los Planes y Fondos de Pensiones no tienen dichas limitaciones y además tienen una serie de gastos, como por ejemplo el funcionamiento de las Comisiones de Control que provocan gastos que deben ser afrontados por el Fondo de Pensiones.

¹²⁵ Ibid. pág. 118.

¹²⁶ TAPIA HERMIDA, A.J., *Derecho de seguros y fondos de pensiones...Op.cit.*, pág. 205.

¹²⁷ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Flexibilidad y compromisos por pensiones. El contrato de seguro como instrumento de exteriorización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 125.

¹²⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R., *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías...Op.cit.*, pág. 187-188.

Por su parte, los Planes y Fondos de Pensiones tienen sus ventajas indudables respecto a los contratos de seguro. Así, mientras en los planes y fondos de pensiones la titularidad de los recursos patrimoniales la ostentan los empleados partícipes y beneficiarios, en los contratos de seguro es una entidad aseguradora la que posee la titularidad. Esto se debe a que los planes y fondos de pensiones se caracterizan por no tener personalidad jurídica mientras que los contratos de seguro sí¹²⁹. Asimismo, en los planes de pensiones, los trabajadores gozan de la participación en la gestión y control de la institución, mientras que en el seguro colectivo no tienen derecho de participación, sino únicamente derecho de información¹³⁰.

Sin embargo, el tratamiento fiscal que ofrezca el legislador tendrá relevancia tanto en las mutualidades de previsión social como en los Planes y Fondos de Pensiones. Así se manifestaban ÁVALOS MUÑOZ y SANZ VALDÉZ “*el futuro de las Mutualidades de Previsión Social va a depender en gran medida del tratamiento fiscal que les otorgue el legislador*”¹³¹. En la realidad, lo que ha sucedido históricamente es que el legislador ha concedido un tratamiento más favorable a los Planes y Fondos de Pensiones.

3. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Antes de analizar la distribución competencial en materia de protección social, es evidente el papel tan importante que tienen el nivel asistencial y complementario en la Seguridad Social contributiva que resulta incompleta. Esto es, los niveles contributivos, supletorios y complementarios funcionan como vasos comunicantes. En este sentido, si avanza uno de ellos el otro sufrirá un retroceso¹³². No obstante, esta teoría puede romperse si observamos las posibilidades de ahorro y

¹²⁹ ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo...Op.cit.*, pág. 221.

¹³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT J.A., “Los planes y fondos de pensiones en el contexto de la reforma de los sistemas de protección social...”, *Op.cit.*, pág. 34.

¹³¹ MALDONADO MOLINA, F.J., *Las mutualidades de previsión social como entidades aseguradoras*, Comares, Granada, 2001, pág.480.

¹³² MALDONADO MOLINA J.A., “Distribución de competencias en materia de seguridad social y asistencia social: Sentencia TC 239/2002, de 11 de diciembre” *en. El control de Constitucionalidad de las Normas Laborales y de la Seguridad Social*, Thomson Reuters Aranzadi, Primera edición, 2015, pág. 691.

los niveles salariales actuales de los ciudadanos, porque con un salario medio o bajo, el deterioro del sistema público de pensiones puede significar la disminución de la protección, el aumento de la desigualdad y el aumento de la pobreza.

En 1978, año en el que se aprobó la Constitución, el Estado perdió el monopolio legislativo, debido a que se les reconocía facultades legislativas y reglamentarias a las Asambleas y órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas. A partir de entonces, por lo tanto, *“las Comunidades Autónomas pueden asumir la ejecución de la legislación laboral, desarrollar las normas estatales en materia de Seguridad Social y ordenar, como competencia exclusiva, la política de asistencia social”*¹³³. Esta nueva organización planteó confusión en el ordenamiento, ya que determinar qué ámbitos corresponden al Estado y qué a las Comunidades autónomas en materia de protección social se convirtió en una cuestión compleja. De todas maneras, la Constitución ha limitado la competencia atribuida a las CCAA. Cuando se realiza esta distribución de competencias, es necesario tener en cuenta algunos preceptos de la CE:

- Art. 2. CE: *“La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”*.
- Art.138.CE: *“1. El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular. 2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos sociales”*.

Además de estos dos artículos mencionados, para concretar las competencias del Estado y de las de las Comunidades Autónomas hay que tener en cuenta los artículos 148 y 149 de la Constitución, porque en éstos se enumeran las materias sobre las que el Estado y Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva. El artículo 149 entre otras

¹³³ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “Distribución de competencias en materia laboral y de empleo: Sentencia TC 18/1982, de 4 de mayo, y otras posteriores”, en. El control de Constitucionalidad de las Normas Laborales y de la Seguridad Social, Thomson Reuters Aranzadi, Primera edición, 2015, pág.627.

cosas menciona lo siguiente: *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1º La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. 7º Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. 16º Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos. 17º Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”*. Y el artículo 148 por otro lado, recoge entre otras cosas, lo siguiente: *“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 20º Asistencia Social. 21º Sanidad e higiene...”*.

En el artículo 149 CE también se menciona que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. En caso de que los Estatutos no asuman competencias sobre algunas materias, corresponderá al Estado y éste actuará de modo supletorio en relación con aquellas materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía. En caso de duda, ¿cómo podemos saber si una competencia es estatal o autonómica? Siguiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional estableció unas indicaciones que se basaban en analizar el Estatuto de Autonomía. Así, si el Estatuto correspondiente no recoge dicha materia, no cabe duda de que la competencia será estatal, siguiendo el artículo 149.3. de la CE (STC 18/1982, de 4 de mayo)¹³⁴. En caso de conflicto entre normas estatales y autonómicas, prevalecerán las normas del Estado, si bien cuando no se trate de competencias atribuidas en exclusiva a las Comunidades Autónomas. No se trata de una norma de supremacía del derecho estatal sobre el autonómico, es decir, una regla de jerarquía, dado que supondría contraria al sistema competencial. Por lo tanto, aunque pueda resultar un instrumento de resolución provisional de conflictos por parte de la justicia ordinaria, en última instancia el Tribunal Constitucional resolverá el conflicto atendiendo el principio competencial. El art. 149.1 establece cuáles son las materias en las que tiene competencia exclusiva el Estado, pero con las expresiones “sin perjuicio de” o “legislación básica”, podemos apreciar que son competencias concurrentes o compartidas¹³⁵. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 25/1983, de

¹³⁴ STC de 18 de mayo de 1982, rec. 18/1982.

¹³⁵ MONEREO PERÉZ, J.L. et al: “Comentario a la Constitución socio-económica de España”, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 1962.

7 de abril de 1983¹³⁶, declaró que la atribución estatal de la legislación básica significa el establecimiento de objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad de todos sus miembros¹³⁷. Este precepto, por tanto, deja lugar a las CCAA para legislar adicionalmente, siempre y cuando no vulnere los principios de igualdad y solidaridad. Como indica PALOMEQUE LÓPEZ, *“que la Constitución atribuya en exclusiva al Estado, no la materia de seguridad social, sino sencillamente la legislación básica y el régimen económico de la seguridad social no cierra ni mucho menos, la posibilidad de un importante ámbito de competencias autonómicas sobre dichas materias”*¹³⁸.

Asimismo, es de destacar que el artículo 150 de la CE, legitima a las Cortes Generales a atribuir excepcionalmente a todas o a alguna de las CCAA la facultad de dictar normas legislativas en materias de competencia estatal, teniendo que respetar siempre los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal.

Tras analizar brevemente los artículos más importantes sobre las competencias, pasaremos a analizar las competencias concretas en materia de protección social complementaria. La base de esta protección, como ya se ha dicho anteriormente, se encuentra en el último enunciado del artículo 41 CE donde se articula que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. Este artículo es de carácter neutro desde el punto de vista competencial¹³⁹. Podemos observar que este artículo recoge “poderes públicos” sin delimitar dicho concepto, es decir, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tendrán que garantizar dicha protección. Además, la última frase de este precepto es confusa, ya que no sabemos si se refiere a un nivel complementario con caracteres distintos pero que también es Seguridad Social, o si se trata de una asistencia externa al sistema de la Seguridad Social¹⁴⁰. Por lógica, podemos pensar que la pensión privada es la que no es pública, esto es, aquella que se financia íntegramente por fondos o aportaciones de carácter privado. La protección social complementaria *“supone la implementación de la protección pública que podrá hacerse tanto desde el sistema público como a través de regímenes privados pero, en*

¹³⁶ STC de 7 de abril de 1983, rec. 25/1983.

¹³⁷ MALDONADO MOLINA J.A., “Distribución de competencias en materia de seguridad social y asistencia social...”, *Op.cit.*, pág. 694.

¹³⁸ *Ibid.* Pág. 695.

¹³⁹ *Ibid.* Pág. 693.

¹⁴⁰ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: *Protección social, seguridad social y asistencia social*, Ed.Colección Estudios, Primera edición, Madrid, 2005, pág. 14.

todo caso, teniendo como base las prestaciones y/o pensiones del sistema público"¹⁴¹.

En el momento de delimitar competencias, han surgido diversos conflictos de intereses entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de previsión social, por falta de una declaración constitucional que ayude a delimitar dichas competencias en esta materia. Fundamentalmente, esta inexistencia se basa en que la Constitución desconocía esta protección social complementaria, ya que se aprobó previamente y además, existen diversos instrumentos de protección social complementaria, como son las mutualidades de previsión social, planes y fondos de pensiones, contratos de seguro... En esta distribución competencial, por tanto, han de tenerse en cuenta los artículos 149.1.6 y 149.1.11 CE donde se regulan la distribución competencial en materia de legislación mercantil y los seguros, y también el artículo 149.1.13 donde se recoge la competencia exclusiva del Estado en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica¹⁴². A pesar de que estos artículos comentados hacen mención a la competencia del Estado no debemos olvidar que las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas en sus Estatutos de Autonomía respecto a las mutualidades de previsión social y contratos de seguro cuyo domicilio, ámbito de operaciones y localización de riesgos, limitándose a su territorio. Por lo tanto, ante esta muy compleja delimitación de competencias, se han pronunciado en numerosas ocasiones los Tribunales.

En el caso de las mutualidades de previsión social, todas las CCAA tienen dicha competencia reconocida en sus respectivos Estatutos de Autonomía, aunque siempre se deberá respetar la competencia atribuida al Estado en el art. 149.1.6 CE, sobre la legislación mercantil¹⁴³. Se puede observar que el reconocimiento de esta competencia en los Estatutos de Autonomía es muy similar, aunque es cierto, que sólo la Comunidad Autónoma del País Vasco, Cataluña, Comunidad Valenciana y la Comunidad de Madrid han desarrollado normativa legal propia, siendo sobre todo las dos primeras las que han experimentado un mayor desarrollo e importancia en cuanto al número y consolidación de las mismas¹⁴⁴.

¹⁴¹ LÓPEZ CUMBRE, L., *Protección Social y Comunidades Autónomas*, Cinca, Madrid, 2012, pág. 52.

¹⁴² *Ibid.*, pág. 54.

¹⁴³ MULAS GARCÍA, A., *La materia laboral y de seguridad social en el estado de autonomías*, Ed. Acarl, 1ª edición, Madrid, 1984, pág. 116.

¹⁴⁴ Cada Estatuto de Autonomía recoge en los siguientes artículos las competencias de las mutualidades no integradas en la seguridad social: art. 26.1.14 del Estatuto de au-

En el caso del País Vasco, se protege la vida, sobre todo, mientras que en Cataluña se ha concentrado más en los servicios sanitarios y el pago de prestaciones por enfermedades. La normativa vasca se basa en la Ley 5/2012, de 23 de febrero, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria que desarrolló el artículo 10.23 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, y entre las entidades de previsión social voluntaria existentes es destacable Lagun-Aro, que está vinculada al Grupo Mondragón. Asimismo, Cataluña se rige por la Ley 10/2003, de 13 de junio, de Mutualidades de Previsión Social, que fue la que desarrolló la competencia reconocida en su Estatuto de Autonomía, concretamente en su artículo 126.1 y es destacable la *Quinta de Salut l'Aliança, MPS*¹⁴⁵. Al ser estas dos Comunidades Autónomas las que más han desarrollado dicha competencia recogida en sus Estatutos de Autonomía, son las que en más ocasiones han acudido al Tribunal Constitucional a interponer recursos de inconstitucionalidad.

El 5 de noviembre de 1984, el Gobierno Vasco presentó un recurso de inconstitucionalidad (núm. 11/1984)¹⁴⁶ contra la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado argumentando que el Estado había sobrepasado sus competencias. El Gobierno Vasco argumentaba que la exclusividad que tiene respecto a las mutualidades de previsión social debe entenderse en sentido estricto. Ante este litigio el Tribunal Constitucional respondió que a pesar de que las bases del mutualismo no pueden ser fijadas por la legislación mercantil, las Comunidades Autónomas deben respetar esa legislación, pero tendrán competencia exclusiva en cuanto a los regímenes organizativos y funcionales. Por lo tanto, el Estado tendrá competencia exclusiva en cuanto a la actividad aseguradora sujeta a la legislación mercantil, pero en la práctica ésta no queda clara cuál es. Concluyó el Tribunal Constitucional expresan-

tonomía de la Comunidad de Madrid; art. 126 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 30.24 del Estatuto de autonomía de Canarias; art. 75 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; art. 10.23 del Estatuto de Autonomía del País Vasco; art. 49.21 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; art. 44.27 del Estatuto de Autonomía de Navarra; art. 24.26 del Estatuto de Autonomía de Cantabria; art. 10.23 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia; art. 31.22 del Estatuto de Autonomía de Castilla La Mancha; art. 70.28 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; art. 71.31 del Estatuto de Autonomía de Aragón; art. 28 del Estatuto de Autonomía de Galicia; art. 9.1.10 y 10.1.3 del Estatuto de Autonomía de Extremadura; art. 30.30 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears; art. 10.27 del Estatuto de Autonomía de Asturias; y por último, en el Estatuto de Autonomía de Ceuta y Melilla no aparecen las mutualidades no integradas en la Seguridad Social.

¹⁴⁵ SÁEZ FERNÁNDEZ, F.J. et al., *El mutualismo de previsión social y los sistemas de protección complementarios...Op.cit.*, pág. 57-65.

¹⁴⁶ STC de 5 de noviembre de 1984, rec. 11/1984.

do que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia a la hora de tomar cualquier tipo de decisiones de forma libre, sin estar jerárquicamente sometida al Estado y dando la razón al Gobierno Vasco en este litigio.

Posteriormente el mismo Gobierno, planteó un conflicto positivo de competencia frente al Reglamento que aprobó las Entidades de Previsión Social (Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre). Al igual que en el anterior recurso, el Gobierno Vasco argumentó que es de competencia autonómica exclusiva el desarrollo legislativo como la ejecución en materia de ordenación de crédito, banca y seguros. Añadió a su argumentación, que para que una entidad esté bajo la legislación mercantil debe existir ánimo de lucro, pero en este caso las mutualidades carecían de dicha característica, y, por tanto, derivaron al ámbito de competencia de la Comunidad Autónoma Vasca. Según la doctrina jurisprudencial, el Estado puede establecer las bases para la ordenación de los seguros privados aun careciendo dichas mutualidades de previsión social ánimo de lucro, y en este caso el Reglamento de Entidades de Previsión Social puede ser idóneo para completar dichas bases. Sin embargo, será necesaria la observación de si éste excede o no del ámbito de la competencia estatal e invade las competencias de la Comunidad Autónoma, llegando a vaciar las competencias asumidas por ésta. Para ello, la sentencia hizo un breve recorrido del Decreto 2615/1985, identificando cuáles de sus preceptos tienen naturaleza de norma base y, por tanto, de competencia estatal y cuáles no lo son. En resumen, declaró como competencias del Estado las siguientes: mutualidades que trascienden del territorio de una Comunidad Autónoma; concesión de beneficios fiscales, excepto en el caso del País Vasco y Navarra por la existencia del Concierto Económico pueden tener características fiscales diferentes; establecimiento de las relaciones y características que deben cumplir los asociados o mutualistas; se le reserva al Estado, también el establecimiento de las causas de liquidación de estas entidades, así como su régimen sancionador... En cambio, serán competencia de la Comunidad Autónoma vasca, los requisitos fundacionales, el régimen de los órganos de gobierno de la mutualidad...

En la misma línea que los dos anteriores recursos, el Gobierno Vasco presentó un conflicto positivo de competencia en relación con la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de abril de 1987, por la que se desarrolló el Reglamento anterior debatido, que es el que perfeccionó las Entidades de Previsión Social (Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre). Siguiendo argumentaciones similares que, en anteriores recursos, el Gobierno Vasco reclamó su competencia exclusiva

respecto a la potestad legislativa y ejecutiva sobre las mutualidades no integradas en la Seguridad Social. El Tribunal reconoció que *“todos los aspectos referidos a la incorporación de socios en la mutualidad, al ser un aspecto interno y organizativo se encuentran en el ámbito de la competencia exclusivamente, y por lo tanto no le afectan los títulos estatales sobre legislación mercantil, ni sobre la ordenación general de la economía. Con igual razonamiento, determina que la participación efectiva de los asociados en el gobierno de la entidad es una materia de característica totalmente estatutaria y de funcionamiento y organización interna, matices por las cuales el Estado no puede encontrar cobertura y debe de respetar la potestad normativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco”*¹⁴⁷.

Entre otras sentencias posteriores destacables en este aspecto, son la STC 36/1992, de 23 de marzo y la STC 220/1992, de 11 de diciembre. En ellas, la doctrina jurisprudencial sigue la misma línea de pronunciamientos, argumentando que la competencia autonómica tiene que *“respetar, en todo en cuanto afecta a la actividad aseguradora que tales entidades pueden desplegar, las bases estatales de la ordenación del seguro”* pero no se debe olvidar que el régimen jurídico estructural y funcional de esas mutualidades será competencia exclusiva de las CCAA¹⁴⁸.

Respecto a los Planes y Fondos de Pensiones se puede decir que son una especie de contrato y por ello, ha de ser regulada por parte del artículo 149.1.11 y 149.1.6 CE, donde se recogen que las bases de la ordenación en materia de seguros y la legislación mercantil son competencias exclusivas del Estado. En este tema es de destacar la sentencia del Tribunal Constitucional 206/1997, de 27 de noviembre, en la que tanto el Parlamento Vasco como la Generalitat de Cataluña, impugnaron en su totalidad la Ley 8/87 de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, por considerar que el Estado había invadido sus competencias reconocidas en el artículo 10.23 y 18.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y en el artículo 9.21 del Estatuto de Cataluña (actualmente, artículo 126.2 desde la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña). El Tribunal resolvió dicho conflicto recordando el artículo 149.1.6 de la Constitución, donde se establece la competencia estatal a la hora de establecer la legislación en los Planes y Fondos de Pensiones. Asi-

¹⁴⁷ URRUTIA ELORZA, J.R., *Modelo Autonómico de Previsión Social Voluntaria: Pasado, Presente, Futuro...*, Op.cit., pág. 83-91.

¹⁴⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., *Protección Social y Comunidades Autónomas...*, Op.cit., pág. 55.

mismo, corresponde al Estado el establecimiento de las bases de la ordenación de los seguros siguiendo el artículo 149.1.11, desde la perspectiva de la intervención administrativa, con sus garantías y cautelas, dejando el desarrollo legislativo y la ejecución de las normas básicas a las Comunidades Autónomas (STC 206/1997, de 27 de noviembre). Por ello, finalmente establece que la competencia ha de ser estatal por la simple razón de garantizar el desenvolvimiento de los fondos, y evitar las situaciones de insolvencia para proteger a los beneficiarios. Sobre este mismo aspecto, existe un pronunciamiento más reciente del TC (Sentencia 97/2014, de 12 de junio)¹⁴⁹, donde el Gobierno alega que algunos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 5/2012, de 23 de febrero, sobre entidades de previsión social voluntaria, son contrarios a las previsiones establecidas en la legislación básica en materia de ordenación y supervisión de seguros privados, así como a las fijadas por la legislación mercantil sobre planes de pensiones dictadas por el Estado. El abogado de Estado argumenta que las normas impugnadas rompen con la uniformidad normativa en materia que constituye el fundamento de la atribución al Estado de la competencia plena en materia de legislación mercantil. Por su parte, la Comunidad Autónoma vasca alega que el artículo 10.23 del Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuye a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de cooperativas, mutualidades no integradas en la seguridad social y pólizas. El TC, finalmente, estima parcialmente el recurso interpuesto por el Gobierno, dado que declara inconstitucionales y nulos 8 artículos de la Ley de EPSV concretamente sus artículos 14 a) apartado 2, 19.2, 22, 23.1.a), 32.1, 46.2, 58, 1 c), 58.2 y 60.1 y el resto de alegaciones los desestima. El primer precepto se considera inconstitucional por establecer un régimen de integración de los partícipes que invade la regulación estatal dictada siguiendo la competencia exclusiva de Estado reconocido por el art. 149.1.6 CE (la ley vasca establece la adhesión automática de los trabajadores a los planes de previsión social preferentes y la ley estatal deja la posibilidad de que los trabajadores en el plazo acordado por la ley declaren expresamente por escrito su no incorporación al plan de pensiones). Por su parte, el artículo 22 de la Ley de EPSV recogía expresamente todo lo relativo a la movilización de derechos entre Planes de Previsión individuales de empleo y asociados y ha quedado anulado en su totalidad y a cambio, ahora se aplica la legislación de planes de pensiones. Sin embargo, el foco de conflicto se basaba en la norma que permitía rescatar el capital invertido en una EPSV pasados los diez años desde su constitución, la

¹⁴⁹ STC de 12 de junio de 2014, rec.97/2014.

cual chocaba frontalmente con la norma estatal de los planes y fondos de pensiones. En esencia el TC dictaminó que los planes de previsión social integrados en las EPSV y los planes de pensiones de ámbito estatal respondían a una misma finalidad, poseyendo una clara similitud entre sí, lo que convertía en materia estatal. No obstante, la repercusión que tiene hoy esta sentencia es limitada, debido a las reacciones normativas del Gobierno Vasco y tras la reforma fiscal del Gobierno popular.

En resumen, se puede decir que en la protección social complementaria falta una declaración constitucional que recoja la distribución competencial en esta materia y, en consecuencia, han sido constantes los pronunciamientos jurisprudenciales. Los preceptos básicos que regulan esta materia son el artículo 41 CE que deja la posibilidad de que la intervención complementaria sea por cualquier poder público; el artículo 149.1.17 donde se reserva al Estado la competencia en la legislación básica y en el régimen económico de la Seguridad Social y deja abierta la puerta a la ejecución por parte de las CCAA; y el artículo 148.1.20 que se refiere a la asistencia social, sin dejar claro que significa dicho concepto¹⁵⁰. Así, se ha destacado que el legislador estatal tendrá competencia exclusiva en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y en la legislación mercantil, pero las Comunidades Autónomas podrán regular aspectos de organización interna y control administrativa en las mutualidades de previsión social y cooperativas de seguros, mientras tengan recogidos en sus Estatutos de Autonomía.¹⁵¹ Sin embargo, los poderes públicos autonómicos han reivindicado su papel dentro de las competencias asumidas por sus Estatutos, ya que el legislador estatal ha negado en buena medida la posibilidad de desarrollo de tales competencias¹⁵².

4. LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

La protección social complementaria en la Unión Europea no es homogénea y no existe un modelo único. No se ha aprobado nunca una

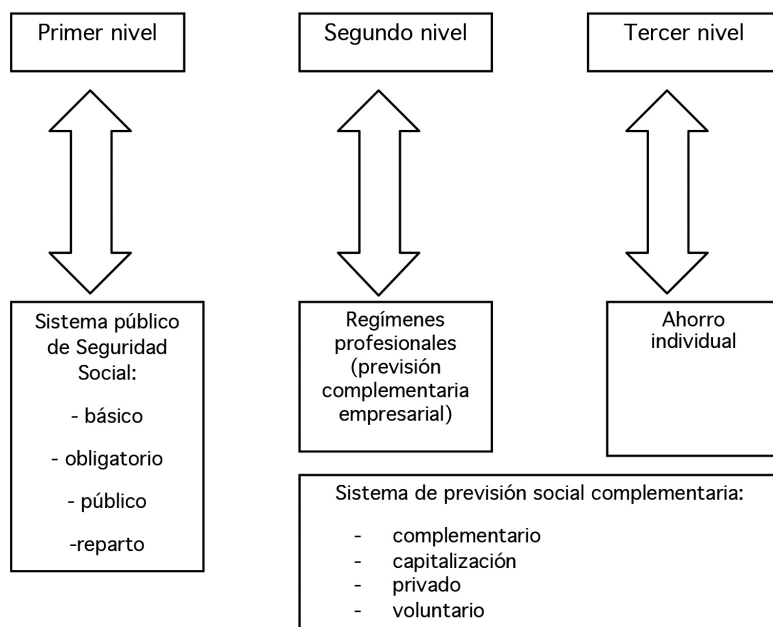
¹⁵⁰ MALDONADO MOLINA J.A., “Distribución de competencias en materia de seguridad social...”, *Op.cit.*, pág. 712.

¹⁵¹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2010, pág. 88-89 <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/161479.pdf>

¹⁵² SUÁREZ CORUJO, B., *La protección social en el estado de las autonomías*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 28.

directiva o cualquier otra norma comunitaria que regule y unifique este tema. Sin embargo, aunque exista una diversidad de sistemas, en términos generales, el sistema global de pensiones se puede reestructurar en tres niveles como se indicaba en el Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único (1997):

Figura 1. Estructura del sistema de protección social



Fuente: Elaboración propia.

El primer pilar lo configura el Sistema de Seguridad Social público en el que se distinguen, por un lado, el nivel de carácter básico, esto es, se engloban las prestaciones no contributivas, la asistencia sanitaria, las prestaciones familiares y los servicios sociales y, todos ellos, se financian mediante los impuestos; y, por otro lado, el nivel de carácter contributivo y profesional, el cual es obligatorio para todos los trabajadores por cuenta ajena y propia. Éste se financia a través de las cotizaciones tanto de los trabajadores como de los empresarios y cubre una serie de contingencias. Este pilar se basa en un sistema de reparto

o “*pay as you go system*”, es obligatorio por lo general y se rige por los principios de solidaridad y universalidad.

El segundo pilar lo componen los regímenes profesionales, es decir, los planes de pensiones, seguros colectivos y mutualidades de empleo, donde el empresario es el promotor de esta previsión complementaria con la participación de sus empleados. Este pilar puede ser obligatorio o voluntario, sustitutivo o complementaria del primer pilar y además puede tener carácter público o privado. En la mayor parte de los países, este segundo pilar se financia a través de sistemas de capitalización¹⁵³.

El tercer nivel, junto con el segundo forma parte del sistema de previsión social complementaria, pero mientras en el segundo nivel decíamos que se trata de una previsión social complementaria colectiva, este tercer pilar, se basa en el ahorro individual, es decir, se refiere a planes de pensiones, seguros y mutualidades individuales. Se forman por la decisión unilateral del individuo, por la propia voluntad de decisión de ahorro y es un complemento de los dos pilares anteriores. Este tercer pilar tiene un carácter privado y voluntario y existe una flexibilidad en cuanto a las aportaciones.

Los tres pilares analizados tienen distinta repercusión o importancia en cada país, dado que varía según el modelo de previsión social adoptado. De todas formas, en todos los supuestos ocurre que, si el primer pilar está muy desarrollado, el papel del segundo y tercer pilar es secundario, mientras que, si el primer pilar es débil, los otros dos pilares ganan fuerza.

Desde hace un tiempo atrás y sobre todo ante la aparición de la crisis económica actual, algunos países occidentales están sufriendo cambios demográficos y, en consecuencia, se debate sobre la viabilidad de las pensiones públicas y esto conlleva el importante crecimiento de los sistemas de previsión social complementaria. La Unión Europea se ha pronunciado sobre esta preocupación a través de Comunicaciones de la Comisión, trasladando cuáles son las reformas que deben llevarse a cabo para garantizar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones¹⁵⁴. A continuación, pasaremos a analizar las comunicaciones que se han aprobado en materia del sistema de las pensiones:

¹⁵³ ALDA GARCÍA, M., FERRUZ AGUDO, L., COMPAINS RIVAS, J., *Los sistemas de previsión social en la Unión Europea*, Ed. Quiasmo, Madrid, 2009, pág. 25.

¹⁵⁴ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Editorial Comares, Granada, 2016.

El 10 de junio de 1997, la Comisión presentó el Libro Verde sobre las jubilaciones complementarias reflejando en él el problema de pensiones, en sus vertientes pública y privada. Asimismo, llamó la atención sobre las consecuencias de los cambios demográficos en el presupuesto económico de los sistemas públicos y en consecuencia, la expansión de los sistemas complementarios¹⁵⁵.

El 21 de mayo de 1999, se presentó en la Comisión de la Unión Europea, la Comunicación-COM (1999) 221 final, “Hacia una Europa para todas las edades. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones”. El objetivo fue la estimulación del debate con los Estados Miembros sobre el envejecimiento de la población con el empleo, la protección social, la salud y los servicios sociales, proponiendo una estrategia para una respuesta política eficaz en estos temas, basándose en la cooperación entre todos y en la equidad entre las generaciones¹⁵⁶. Por tanto, se invitaba a realizar cambios legislativos necesarios con la finalidad de adaptar los sistemas de protección social a la nueva realidad¹⁵⁷. Un año más tarde, otra Comunicación también mostraba preocupación sobre el tema. Así, el objetivo de la COM (2000) 622 final, “la evolución de la protección social a largo plazo: pensiones seguras y viables”, fue la de asegurar la viabilidad a largo plazo de los sistemas de pensiones de la Unión Europea y para ello puso en marcha un plan para modernizar estos sistemas¹⁵⁸. La principal preocupación de la Unión Europea respecto a este tema se centra en tres subtemas¹⁵⁹: *“el envejecimiento de la población y la jubilación de la generación del boom demográfico representan un reto de envergadura para este logro histórico. El envejecimiento de la población será de tal escala que, de no efectuarse reformas oportunas, podría comprometer el modelo social europeo, así como el crecimiento económico y la estabilidad de la Unión Europea”*. Temática que puede ser esquematizada de la siguiente manera:

- 1) La llegada a la edad de jubilación de las generaciones nacidas durante el boom demográfico.
- 2) Las bajas tasas de natalidad.

¹⁵⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., “La función institucional de los planes...”, *Op.cit.*, pág. 903.

¹⁵⁶ COM (1999) 221, Hacia una Europa para todas las edades. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones.

¹⁵⁷ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad...Op.cit.*, pág. 112-113.

¹⁵⁸ COM (2000) 622 final, La evolución de la protección social a largo plazo: pensiones seguras y viables.

¹⁵⁹ SÁEZ FERNÁNDEZ, F.J. et al., *El mutualismo de previsión social y los sistemas de protección complementarios...*, *Op.cit.*, pág. 60.

3) Aumentos de la esperanza de vida de la población.

Además de la sostenibilidad de las pensiones, el aumento de la esperanza de vida tiene también impacto en el cuidado de las personas de la tercera edad, siendo necesario el aumento de los recursos financieros destinados a esta protección. En principio la financiación y los servicios de sus sistemas de asistencia son competencia de cada Estado miembro, pero en el año 2000, ya destacaba la Unión Europea, en la Comunicación de la Comisión (COM [2000] 285 final) “sobre la estrategia sanitaria de la Comunidad Europea” que *“los servicios sanitarios deben ser una respuesta efectiva a las expectativas y preocupaciones de la población, en un contexto caracterizado por los retos del envejecimiento y del desarrollo de las técnicas médicas, así como por una mayor dimensión transfronteriza en lo que a salud se refiere”*¹⁶⁰.

Ante esta preocupación, el Comité de Protección Social, que asiste a la Comisión Europea en este tema, resaltó la necesidad de afrontar de manera global este problema, y para ello, aprobó tres principios generales: de carácter social, económico y de empleo. El objetivo era garantizar la viabilidad a largo plazo de los sistemas de pensiones. De esta manera, cada Estado miembro tenía dos posibilidades: optar por desarrollar y reforzar los sistemas complementarios o seguir confiando en los sistemas públicos. Los Estados que optan por lo primero creen necesario el reforzamiento de estos sistemas dentro de las empresas, es decir, se anima a que se establezcan regímenes de pensiones sectoriales basados en convenios colectivos. ¿Cuáles son las tendencias de los Estados? Los distintos países han dirigido sus políticas de reforma en las siguientes direcciones: en primer lugar, reformas que hacen el sistema de reparto actual menos generoso, reformas destinadas a reforzar el poder adquisitivo de las pensiones más bajas de los grupos más desfavorecidos y la instauración de un sistema de cotización de capitalización complementario¹⁶¹.

En 2001, la Comunicación de la UE-COM (2001) 362 final, “Pensiones seguras y viables: planteamiento europeo al servicio de las estrategias nacionales” reflejó la necesidad de adoptar estrategias claras e integradas para afrontar el problema que plantea el envejecimiento demográfico a los sistemas de pensiones¹⁶². No obstante, esta modernización

¹⁶⁰ Ibid., pág. 68.

¹⁶¹ ALONSO J. y CONDE-RUIZ, J.I., “Reforma de las pensiones: la experiencia internacional”, en. Fundación Estudios de Economía Aplicada, Madrid, 2007, pág. 9.

¹⁶² COM (2001) 362 final, Pensiones seguras y viables: planteamiento europeo al servicio de las estrategias nacionales.

de los sistemas de pensiones debe ser acorde con las exigencias del mercado de trabajo y la evolución de las estructuras familiares¹⁶³. Siguiendo con esta misma idea, en 2004, con el Informe de la Comisión Europea al Consejo Europeo sobre “Coronar la estrategia de Lisboa. Reformas para la Unión Ampliada”, se insistió en la necesidad de “*garantizar a todos los ciudadanos unos ingresos suficientes en el momento de su jubilación, que aseguren el mantenimiento de su nivel de vida en el momento de su jubilación, que aseguren el mantenimiento de su nivel de vida en la medida de lo posible, de avalar la viabilidad financiera de los regímenes de pensiones, tanto públicas como privadas, siempre sin perder de vista el principio de prolongación de la vida laboral activa, así como de asegurar la información adecuada a quienes en el futuro accederán a los sistemas de pensiones*”¹⁶⁴.

En 2005, la Comunicación-COM (2005) 525 final, “los valores europeos en la era de la globalización”, hizo hincapié en la necesidad de hacer frente a los nuevos desafíos, y para ello será fundamental que los ciudadanos adopten una nueva actitud ante el trabajo y que los sistemas sociales adopten una nueva actitud ante los ciudadanos. Se decía que ello se conseguiría si la reforma económica se acompañaba de una modernización de los sistemas sociales¹⁶⁵. Este mismo año, la Comisión realizó un documento denominado Libro Verde, COM (2005) 94 final, “frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”. Este documento estableció tres prioridades esenciales, esto es, debían adoptarse medidas innovadoras de apoyo a la natalidad, velar por el equilibrio entre las generaciones e inventar nuevas transiciones entre las edades¹⁶⁶.

Un año más tarde, en 2006, el “Informe Conjunto sobre Protección Social e Inclusión Social de 2006” incorporó al Método Abierto de Coordinación (MAC), los retos fundamentales sobre pensiones. En este sentido, se establecieron como objetivos la reducción de la deuda pública, reformas de los sistemas de pensiones y el aumento del empleo¹⁶⁷. El mismo año, se aprobó la Comunicación-COM (2006) 571 final, “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad”. Siguiendo el mismo hilo que el resto de las comunica-

¹⁶³ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad...Op.cit.*, pág. 113.

¹⁶⁴ *Ibid.* Pág. 111.

¹⁶⁵ COM (2005) 525 final, Los valores europeos en la era de la globalización.

¹⁶⁶ COM (2005) 94 final, Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones.

¹⁶⁷ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad...Op.cit.*, pág. 112.

ciones, en ésta se debatía sobre los fundamentales retos del momento y la necesidad de intervención que tienen los Estados para modificar el sistema. Asimismo, se establecían cinco ámbitos que respondían a una perspectiva común para todos los Estados miembros, esto es, las modificaciones deben fomentar la renovación demográfica, valorar el trabajo creando empleo y alargando la vida activa, conseguir una Europa más productiva y eficiente, organizada para recibir inmigrantes y con unas finanzas públicas viables¹⁶⁸.

En 2008, la Comisión publicó una nueva comunicación, COM (2008) 418 final, “Un compromiso renovado en favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social”. En esta comunicación se proponía la consolidación del método abierto de coordinación del ámbito de la protección social y la inclusión social (MAC Social)¹⁶⁹. Asimismo recalca la necesidad de coordinar esfuerzos de los distintos Estados en la aproximación de las reformas a realizar en el ámbito de las pensiones¹⁷⁰.

Con el informe de “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea” [COM (2009) 180 final], se volvía a plantear que la Unión Europea se enfrenta a una transición demográfica cuyas consecuencias pueden tener un alto coste. En consecuencia, debían emprenderse reformas estructurales para reforzar su potencial de crecimiento y su capital humano. Respecto a las pensiones, se hizo hincapié en que la reforma de los sistemas de jubilación garantice la adecuación de las prestaciones a las necesidades de las personas de edad avanzada, refuerce las condiciones de elegibilidad de las jubilaciones públicas y desarrolle los sistemas privados de capitalización¹⁷¹.

Un año más tarde, en 2010, se aprobó la COM (2010) 2020 final, “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, y la Comisión Europea estableció que era necesario evaluar la adecuación y la viabilidad de los sistemas de protección social. También destacó la importancia de que los Estados miembros realicen las reformas estructurales necesarias en materia de pensiones para la

¹⁶⁸ COM (2006) 571 final, El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad.

¹⁶⁹ COM (2008) 418 final, Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de protección social y la inclusión social.

¹⁷⁰ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad...Op.cit*, pág. 112.

¹⁷¹ COM (2009) 180 final, Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea.

viabilidad financiera de los sistemas a largo plazo¹⁷². El mismo año, se aprobó la Comunicación-COM (2010) 365 final, “Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros” y en él se especificaba que para la Unión Europea es una cuestión prioritaria que las pensiones de jubilación sean adecuadas y sostenibles. Asimismo, *“plasma la necesidad de llevar a cabo reformas en los sistemas de pensiones europeos en el contexto actual proceso de crisis económico-financiera y enmarcada dentro del análisis de los efectos que los cambios demográficos, financieros y laborales acarreen a tales sistemas”*¹⁷³. Los objetivos globales de esta Comunicación son la adecuación y la sostenibilidad del sistema de pensiones, que son las dos caras de una misma moneda. Como se menciona en la Comunicación *“si existe el riesgo de inadecuación, puede haber una presión para que se produzcan incrementos ad hoc de las pensiones o una mayor demanda de otras prestaciones, lo cual pone en peligro la sostenibilidad. Del mismo modo, si un sistema de pensiones es insostenible, resultará inadecuado a largo plazo cuando sean necesarias correcciones repentinas”*¹⁷⁴. Para garantizar la adecuación de los sistemas de pensiones, es necesario seguir modernizando dichos sistemas. Al disminuir las tasas de reemplazo del sistema público de pensiones, es necesario ofrecer oportunidades para adquirir derechos complementarios, accediendo a los planes de pensiones o alargando la vida laboral. Por su parte, para poder garantizar la sostenibilidad de las pensiones, la Comisión resalta las reformas que afecten y que promuevan el crecimiento económico de la Unión Europea.

En 2012, se aprobó el Libro Blanco, “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” [COM (2012) 55 final]. Siguiendo la línea de lo planteado en el Libro Verde, este libro destacó la urgencia de diseñar y poner en marcha estrategias globales para adaptar los sistemas de pensiones a las circunstancias de cada momento. Además, presentó los problemas de los sistemas de pensiones y estableció una agenda con el objetivo de lograr que las pensiones sean adecuadas y sostenibles a largo plazo. Ese documento destacó la tendencia creciente a futuro del aumento del gasto en pensiones, la evolución negativa en la tasa de dependencia entre pasivos y activos, la influen-

¹⁷² MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad...Op.cit.*, pág. 120.

¹⁷³ GARCÍA PEREA, P. “La reforma de las pensiones en Europa”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., *La reforma de Seguridad Social 2011*, Lex Nova, 2011, pág. 65-84.

¹⁷⁴ COM (2010) 365 final, Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuadas, sostenibles y seguras.

cia de la crisis económica en los sistemas de pensiones de reparto y, de manera más colateral, la volatilidad de los sistemas de capitalización¹⁷⁵. Como se constató en la misma Comunicación, “*los sistemas de pensiones deben contribuir al crecimiento en Europa promoviendo el envejecimiento activo, sin dejar de ser un instrumento adecuado y sostenible, central en el modelo social europeo, destinado a mantener el nivel de vida de los ciudadanos europeos en la vejez*”. Respecto a las reformas que deben llevar a cabo los Estados miembros el Libro Blanco resaltó que los planes de ahorro complementarios de jubilación deben desempeñar un papel más importante a la hora de garantizar la adecuación de las pensiones. Por ello, propuso a los Estados que mejoren la rentabilidad, la seguridad de los planes de pensiones complementarios y el acceso igualitario a ellos. Se hizo hincapié en esto último porque las mujeres en la actualidad tienen menos oportunidades que los hombres para constituir planes de ahorro complementarios¹⁷⁶. Además, no se hizo mención a la volatilidad que han presentado los planes de ahorro privados complementarios en período de crisis financieras y de secesión económica¹⁷⁷, principalmente por los bajos tipos de interés y por la imposibilidad de ahorrar en costes o reducir riesgos. Otro aspecto negativo destacable de estos sistemas de capitalización es la creación de dos tipos o clases de trabajadores: por un lado, los que poseen elevados sueldos y, por su posibilidad de ahorro, disponen de una prestación básica del sistema público de pensiones y otra prestación generada por el segundo y tercer pilar; y por otro lado, los trabajadores con sueldos bajos, con un primer pilar básico y sin posibilidades de acceder a los pilares complementarios, debido a que su capacidad de ahorro no existe o es mínima. Por lo tanto, crean una brecha en la sociedad¹⁷⁸.

No obstante, teniendo en cuenta las recomendaciones del Libro Blanco, esto es, vincular la edad de jubilación a la esperanza de vida, favorecer la prolongación de la vida laboral y constituir planes de ahorro privado complementarios, se puede decir que estos conllevan la pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas. Estas propuestas, por tanto, no tienen en cuenta el espíritu del Estado de Bienestar carac-

¹⁷⁵ BRAVO FERNÁNDEZ, C. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E., “Las reformas de pensiones en Europa: alternativas negociadas vs. El modelo del Libro Blanco”, en *Lan harremanak*, 26, 2012, pág. 89-90.

¹⁷⁶ COM (2012) 55 final, Libro Blanco Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles.

¹⁷⁷ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad...Op.cit.*, pág. 210.

¹⁷⁸ *Ibid.* Pág. 267.

terístico de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁷⁹. Esta recomendación por tanto “*supone una evidente ruptura con el concepto de modelo social que instaura la propia Unión Europea. El principio de la solidaridad colectiva que sustentan los sistemas de reparto entronca en buena medida con la idea de responsabilidad colectiva del Estado como garante de la protección social y el bienestar de las personas, mientras que las fórmulas de pensiones basadas en la capitalización suponen una transferencia de esa responsabilidad hacia el individuo. En el marco del modelo social europeo tiene sentido como instrumento adicional y no sustitutivo del eje principal de protección que tienen los trabajadores en la figura de los sistemas públicos de pensiones*”¹⁸⁰.

El 28 de marzo de 2013, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre una Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles y a través de ella, la Comisión reflejaba su opinión sobre el trabajo realizado por la Unión Europea en materia de pensiones. En dicha resolución se plantearon por parte del Parlamento Europeo algunas propuestas: elevación de las tasas de empleo, constitución de planes de ahorro privados complementarios de jubilación dando prioridad a los creados a través de convenios colectivos y establecidos en el ámbito nacional, sectorial o empresarial y eliminación o aminoración de las diferencias de trato por razón de sexo¹⁸¹.

Este mismo año, en el informe sobre el envejecimiento de 2018: proyecciones económicas y presupuestarias para los Estados miembros de la UE (2016-2070)¹⁸² se destaca que los Estados miembros aún deben tomar más medidas para elevar la edad efectiva de jubilación, entre otras cosas evitando la salida temprana del mercado laboral, promoviendo el envejecimiento activo, reforzando los incentivos para permanecer en el mercado laboral y reforzando los elementos de sostenibilidad en el sistema de pensión. Asimismo, el informe citado recuerda que deben evitarse medidas que impliquen dar marcha atrás en las reformas ya emprendidas a favor de la sostenibilidad.

La preocupación de las instituciones europeas la podemos trasladar a España, ya que “*la jubilación constituye la médula espinal de cualquier*

¹⁷⁹ Ibid., pág. 131.

¹⁸⁰ BRAVO FERNÁNDEZ, C. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E., “Las reformas de pensiones...”, *Op.cit.*, Pág. 92-93.

¹⁸¹ CAIRÓS BARRETO, D.M., “Adecuación versus sostenibilidad”, en. *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2014, pág. 62-63.

¹⁸² EUROPEAN COMMISSION, “The 2018 ageing report, economic and budgetary projections for the 28 EU Member States (2016-2070)”, Institutional paper 079, may 2018.

*sistema de protección social*¹⁸³. De esta manera, preocupa la bajada de la tasa de natalidad que en años anteriores a la crisis fue compensada por el incremento de la población emigrante; el incremento de la esperanza de vida y en consecuencia, el aumento del gasto de las pensiones; y la llegada masiva a la edad de jubilación de la generación del baby boom¹⁸⁴. Ante esta perspectiva de futuro, el gobierno de España ha adoptado numerosas reformas en los últimos años. En 2011, con la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, básicamente se aumentó la edad de jubilación de 65 a 67 años, se elevó el número de años de cotización de 35 a 37 años para poder alcanzar el 100% de la pensión y se aumentó el número de años computables para el cálculo de la base reguladora de 15 a 25 años. Esta reforma tiene una aplicación progresiva y se proyecta hasta el año 2027. En 2013, el Consejo Europeo en su Recomendación relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emitió un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2013 de España para 2012-2015 sugirió *“culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, incluso aumentando la edad efectiva de jubilación mediante el ajuste de la edad de jubilación o las pensiones de jubilación a los cambios de la esperanza de vida”*¹⁸⁵. Ante esta Recomendación, el Gobierno nombró a un Comité de Expertos independientes¹⁸⁶ con el objetivo de elaborar un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Posteriormente, el Gobierno aprobó la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. Dicha

¹⁸³ ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social... Op.cit.*, pág. 329-338.

¹⁸⁴ TORTUERO PLAZA, J.L., “Los retos históricos del sistema de pensiones proyectados en tiempos crisis económico financiera”, en. *Revista Internacional de Ciencias Sociales, Cambios y reformas laborales en un contexto de crisis*, Nº 32, 2013, pág. 56.

¹⁸⁵ http://www.empleo.gob.es/uafse/es/fse_2014-2020/legislacion/documentos/RECOMENDACION_DEL_CONSEJO_relativa_al_PNR_2013_de_España_y_por_la_que_se_emite_un_dictamen_del_CJ_sobre_el_Programa_de_Estabilidad_2013_para_2013-2016.pdf

¹⁸⁶ El Comité de Expertos se constituyó con los siguientes 12 miembros, de los que 10 votaron a favor del informe, uno en contra y otro miembro se abstuvo: Víctor Pérez Díaz, Mercedes Ayuso Gutiérrez, Francisco Castellano Real, José Ignacio Conde Ruiz, José Enrique Devesa Carpio, Rafael Doménech Vilariño, Miguel Ángel García Díaz, Manuel Lagares Calvo, José María Marín Viguera, Santos M. Ruesga Benito, José Luis Tortuero Plaza, Miguel Ángel Vázquez Burgos. Se emitieron tres votos particulares, concretamente de Jose Luis Tortuero Plaza, Miguel Ángel García Díaz y Santos Miguel Ruesga. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/1950>

ley introdujo dos instrumentos, esto es, por un lado, un factor de sostenibilidad vinculado a la esperanza de vida y por otro lado, un índice de revalorización de pensiones que establece un “suelo” y un “techo” apartándose de la revalorización del IPC. El artículo 1 de la Ley recoge la definición del factor de sostenibilidad como *“un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes”*¹⁸⁷. En un principio, la entrada en vigor de este factor de sostenibilidad se preveía para el 2019, pero con el acuerdo que alcanzaron el Gobierno popular y el PNV se ha aplazado su aplicación hasta el 2023¹⁸⁸. Por su parte, el índice de revalorización supone que en ningún caso podrá dar lugar a un incremento anual de las prestaciones inferior al 0,25% ni superior a la variación porcentual del índice de precios de consumo en el periodo anual anterior a diciembre del año t, más 0,50%^{189 190}.

¹⁸⁷ Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-13617

¹⁸⁸ <https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/todo-sobre-el-retraso-de-la-entrada-en-vigor-del-factor-de-sostenibilidad-de-las-pensiones.html>

¹⁸⁹ TORTUERO PLAZA, J.L., “Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico”, en. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 5, 2014, pág. 109-130.

¹⁹⁰ Respecto a este tema es interesante observar las reflexiones de E. TERRADILLOS recordando el artículo 50 de la Constitución donde se establece que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, destaca que el índice de revalorización de pensiones resulta una medida legislativa con carácter regresivo, ya que constituye un empeoramiento del nivel de vida del ciudadano. Pero no refleja este empeoramiento únicamente en los pensionistas, sino también de las familias de los pensionistas, debido a que la situación de la economía española y el efecto que produce el desempleo en la pensión de jubilación, producirá un efecto directo sobre las personas que dependen de las pensiones de los jubilados. Además, la autora citada cuestiona si dicha reforma, además de vulnerar la Constitución, va en contra de los derechos establecidos y ratificados en 2013 por el Estado en el pacto ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el pacto se estableció que “las prestaciones deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas...los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurar de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto...”. Teniendo en cuenta esta regulación, cabe la posibilidad de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales revise esta norma jurídica que aprobó el gobierno español tras el informe del Comité de expertos.

En el Libro Verde mencionado anteriormente, los Estados miembros participantes llegaron al acuerdo de que los sistemas complementarios de capitalización pueden ser más flexibles comparándolos con el sistema de reparto a la hora de afrontar el problema demográfico. Sin embargo, también destacan que esos sistemas no son una panacea, ya que permiten atenuar el crecimiento del gasto público de pensiones, pero frente a los cambios sociales no tienen una capacidad de adaptación y transformación; y en consecuencia se impacta sobre los asegurados. Asimismo, estos sistemas no deben sustituir el primer pilar, sino que deben ser complementarios de éste. De este mismo modo, MONEREO PÉREZ además de mencionar que no son una panacea para hacer frente a los problemas demográficos, resalta que *“los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros seguirán sufragando el grueso de los pagos de pensiones, haciendo hincapié en la solidaridad intergeneracional y dentro de una misma generación”*¹⁹¹.

En la Unión Europea no existen normas unificadoras en este tema, debido a que la coordinación de los regímenes complementarios en los países miembros es muy difícil por la multiplicidad que existe. La Comisión Europea ya mencionó que faltaban disposiciones comunitarias para proteger a los trabajadores migrantes contra la pérdida de los derechos de Seguridad Social complementaria (COM 89 568 final). Se reconoce que son los Estados miembros los que articulan la combinación de regímenes generales y voluntarios de Seguridad Social, pero si existen grandes diferencias entre los Estados miembros, puede dificultar la libre circulación de los trabajadores¹⁹². En este sentido, se aprobó el 29 de junio de 1998, la Directiva 98/49/CE del Consejo, relativa a la salvaguarda de los derechos a pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad. Como establece su artículo 1, el objetivo de la Directiva es *“proteger los derechos de los afiliados a regímenes complementarios de pensión que se desplacen de un Estado miembro a otro, contribuyendo con ello a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia*

TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La regulación del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social a la luz de la entrada en vigor del protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, en. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 36, 2014.

¹⁹¹ MONEREO PÉREZ, J.L., “La función institucional de los planes de pensiones” ... *Op.cit.*, pág. 904.

¹⁹² RODRÍGUEZ HURTADO, J.L., *La voluntariedad en el sistema de protección social...* *Op.cit.*, pág. 109.

dentro de la Comunidad. Esta protección se refiere a los derechos de pensión en virtud de regímenes complementarios, tanto voluntarios como obligatorios...". Asimismo, en su capítulo III, la norma comunitaria establece unos principios generales, en concreto la igualdad de trato, la organización de cotizaciones transfronterizas, la posibilidad de pagos continuados de cotizaciones por los trabajadores desplazados y una mejor información para los afiliados. Esta Directiva se refiere a los regímenes complementarios de pensión de carácter ocupacional.

Tras un año de aprobación de la Directiva, la Comisión propuso en una Comunicación de 11 de mayo de 1999, la creación de otra Directiva sobre fondos de pensiones. Pero fue en 2003 cuando se aprobó 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. La finalidad de esta Directiva era crear un mercado único de Fondos de Pensiones. De este modo, sería posible que las empresas multinacionales centralizasen en el Estado miembro de la matriz, la gestión de los Fondos de Pensiones de todos los trabajadores que trabajan en sus filiales que se encuentran en otros Estados miembros y además, en el ámbito de la UE sería posible la libre prestación de servicios de gestión de inversiones y su custodia¹⁹³. Entre los objetivos de la Directiva, además del establecimiento de un mercado único de sistemas complementarios de pensiones, permite a las instituciones actuar de manera segura y eficaz, la posibilidad de la libre elección de administradores y depositarios de activos, dan competencia equitativa entre todos los proveedores de servicios, facilita las actividades transfronterizas, protege tanto a los beneficiarios actuales como los futuros...¹⁹⁴. El ordenamiento español, en concreto, se adaptó a esta Directiva a través de la Ley 11/2006, de 16 de mayo, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo.

En el año 2014, se aprobó la Directiva 2014/50/UE sobre la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. La norma establece unos requisitos mínimos que los Estados miembros deben incorporar en sus legislaciones antes del 21 de mayo de 2018, para la protección de los derechos de pensión de los trabajadores desplazados. En resumen, los rasgos más importantes que

¹⁹³ MELGAREJO ARMADA, J. "La previsión social complementaria en el mercado único", en. *El sector asegurador y de los planes y fondos de pensiones*, ICE, noviembre-diciembre 2006, N° 833, pág. 122. http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_833_115-129_BF1CDE8113163CCD939E2837A0724B93.pdf

¹⁹⁴ TAPIA HERMIDA, A.J., *Manual de derecho de seguros y fondos de pensiones...*, *Op.cit*, pág. 271.

regula esta norma son los siguientes: en primer lugar, los derechos de pensión se adquieren con carácter irrevocable al cabo de tres años de relación laboral, y las contribuciones de los trabajadores nunca pueden perderse. En segundo lugar, al abandonar un régimen de pensión, el trabajador tiene derecho a mantener sus derechos de pensión adquiridos en ese régimen, de una forma equitativa en comparación con los derechos de los trabajadores en activo.

Por último, los trabajadores tienen derecho a estar informados sobre las consecuencias que puede tener la movilidad en sus derechos de pensión. La trasposición de esta norma se ha realizado a través del Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero, por el que se modifica el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, y el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

Como se ha podido constatar no existe un modelo uniforme en la UE y, en consecuencia, no nos debe sorprender que haya habido propuestas e iniciativas para crear un Estatuto Europeo de Mutualidad con la finalidad de permitir la cooperación y asociación entre las entidades mutualistas de distintos Estados miembros. Sin embargo, aún no se ha aprobado por la existencia de discrepancias entre algunos Estados miembros. Los últimos pronunciamientos reivindicativos se remontan al 22 de enero de 2014, cuando el Comité Económico y Social Europeo decidió elaborar un dictamen de iniciativa sobre el tema (Dictamen de Estatuto Europeo para las mutualidades: percepciones, papel y contribución de la sociedad civil)¹⁹⁵. En el dictamen se le pedía a la Comisión que presentase una propuesta legislativa de Reglamento sobre el estatuto europeo para las mutualidades.

5. RECAPITULACIÓN

La protección social complementaria desempeña la función de complementar el sistema público de pensiones y así garantizar a los beneficiarios una elevada tasa de sustitución comparando con su renta en activo. La previsión social complementaria entonces, está íntimamente ligada a la evolución del sistema público, ya que su desarrollo dependerá de lo que ofrece este último. No obstante, las características de un

¹⁹⁵ http://boletinfundacion.divinapastora.es/media/boletin_56/EESC_2014_Estatuto_Mutualidad.pdf

sistema y del otro son esencialmente diferentes, dado que mientras el sistema público es obligatorio y con derecho de todos los ciudadanos, los sistemas complementarios son voluntarios y privados.

El modelo de protección social en la inmensa mayoría de los Estados se reestructura en tres niveles, básico, contributivo y profesional, si bien la importancia de cada uno varía en función del país europeo de que se trate. En muchos países, el primer pilar ha destacado sobre el resto como es por ejemplo el caso de España, tradicionalmente basado aquél en el sistema de reparto. Sin embargo, en los últimos años, se han realizado diferentes modificaciones que han derivado en un recorte en las pensiones ya devengadas. En el futuro también parece que serán comparativamente inferiores a las actuales.

En consecuencia, se hace hincapié en el impulso de los sistemas complementarios, pero éstos también afrontan los mismos problemas que el sistema público de pensiones. Esto es, se enfrentan al boom demográfico, a las bajas tasas de natalidad, a las tasas de desempleo y al aumento de la esperanza de vida. Además, a estos regímenes complementarios se les pueden añadir problemas más específicos. La inseguridad de estos sistemas queda latente en situaciones de insolvencia, debido a que los afiliados pueden ver en riesgo sus derechos acumulados. Asimismo, la desigualdad que generan estos regímenes se centran en los trabajadores más débiles en términos económicos. Y, además, la conservación de los derechos acumulados por la razón de la movilidad profesional no está garantizada. Por lo tanto, las instituciones deberán plantear soluciones para que se incrementen estos regímenes complementarios, ya que todo apunta, como hemos podido observar, a que la tendencia de los países es la de aumentar estos sistemas. Lo interesante se centra en hacer que estos sistemas complementarios sean generalizados y alcancen a una población amplia. Para ello y siguiendo la misma tesis de MONEREO y FERNÁNDEZ, creo que es importante potenciar el segundo pilar frente el tercero, es decir, los sistemas complementarios basados en las relaciones laborales. Con esta política, el Gobierno estaría cumpliendo su función de garante del Estado social, dado que este tipo de sistemas desempeñan una finalidad social como no lo hacen los sistemas individuales que destacan por su finalidad financiera. Asimismo, creo que es conveniente promover estos sistemas con otros mecanismos que no sean basados en las ventajas fiscales y, sobre todo, menos en un momento como el actual donde el sistema público requiere ingresos suficientes para su futura viabilidad. Asimismo, no debemos olvidar que los planes de pensiones sectoriales o de promoción conjunta son más favorecedores para la generalización de

estos sistemas, sobre todo teniendo en cuenta que nuestro tejido empresarial se basa principalmente en las pequeñas y medianas empresas. Con este tipo de planes de pensiones lo que se consigue es la racionalización de los costes para las empresas implicadas, debido a que se reparte entre todos los gastos de constitución y funcionamiento, y, por otro lado, que las comisiones de las entidades gestoras y depositarias sean más bajas.

Sin embargo, para que estos sistemas complementarios prosperen, deberán adoptarse medidas de fortalecimiento como, por ejemplo, la eliminación de un período de antigüedad para poder participar en un plan de pensiones de empleo. La razón de lo anterior reside en que ello conlleva una segmentación laboral, diferenciando los trabajadores con contratos temporales y los trabajadores indefinidos. Y, como siempre, resultan más desfavorecidos los primeros con esta fórmula. Se produce una discriminación indirecta, ya que se impide el acceso a los planes de pensiones del sistema de empleo a los trabajadores con contratos de corta duración. Asimismo, serán muy importantes los mecanismos de garantía que se incorporen, dado que actualmente no son suficientes los que existen. Se precisa una reformulación en cuanto a la regulación de las garantías, ya que actualmente no cumplen las exigencias de garantía prescritas por la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre. Creo que una medida indispensable sería considerarles a los pensionistas acreedores privilegiados en caso de que la empresa se encuentre en situación de insolvencia, porque actualmente no existe garantía expresa de créditos de los trabajadores frente a la empresa, ni tampoco responde el Fondo de Garantía Salarial del incumplimiento de los compromisos de la empresa en dichas situaciones. Asimismo, se podría establecer como obligatorio el nombramiento de un actuario cualificado a fin de que realice un seguimiento y supervisión realizando evaluaciones periódicas.

Los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que se han dado sobre esta materia nos demuestran las dificultades que se anudan a nuestro territorio, basado en autonomías, respecto a la protección social. La razón principal de estos litigios se encuentra en la ausencia de una declaración constitucional que recoja la distribución competencial en esta materia. En consecuencia, las Comunidades Autónomas han acudido en muchas ocasiones al Tribunal Constitucional, por considerar que se vulneraban sus competencias exclusivas. Puede considerarse razonable y a la vez frustrante para las Comunidades Autónomas el hecho de tener reconocido en sus Estatutos varias competencias que realmente no les han sido transferidas por parte del Estado.

LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El objetivo central de este capítulo es conceptualizar las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y para esto, en primer lugar, se realiza un análisis sobre la evolución histórica de las mejoras voluntarias de la seguridad social. En segundo lugar, nos centramos en el concepto o definición de las mejoras voluntarias y de ella destacamos sus características. En tercer lugar, se estudia la naturaleza jurídica de las mejoras para posteriormente, pasar a analizar la tipología o modalidades que existen. Asimismo, es importante aclarar cuál es el ámbito subjetivo y objetivo de dichas mejoras a fin de centrarnos finalmente en la regulación vigente de dichas mejoras y sus distintas vías de implantación.

Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, como constata Roqueta Buj, son *“implantadas por la iniciativa privada, a las que se ha dado en llamar Seguridad Social complementaria, tienen como finalidad incrementar el nivel de cobertura de las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública”*¹⁹⁶. Las mejoras voluntarias juegan un papel importante en los convenios colectivos, pero en los últimos años, a raíz de la crisis económica también ha aumentado la importancia de los regímenes complementarios libres y de las tendencias privatizadoras. Sin embargo, nuestro sistema de pensiones siempre deberá respetar el artículo 41 de la Constitución que consagra la garantía institucional del sistema de Seguridad Social cuando pronuncia que son responsables los poderes públicos de mantener un régimen público de la Seguridad Social. No obstante, el legislador deja opciones a la protección social privada con la última oración del artículo de la Constitución, aunque ha creado problemas en su interpretación tanto por parte de la jurisprudencia como de la doctrina. Las dudas se han centrado principalmente en si el artículo 41 de la CE realiza una clasificación de dos

¹⁹⁶ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 17.

niveles de cobertura, esto es, por un lado un nivel mínimo y obligatorio y por otro lado, un nivel voluntario y complementario; o por el contrario, si se refiere a un solo nivel con la posibilidad de complementarlo mediante medidas externas¹⁹⁷.

Con este capítulo se intenta dar respuesta a preguntas como ¿qué son las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y cuáles son las características por las que se rigen? ¿Qué naturaleza jurídica tienen? Dentro de las mejoras voluntarias ¿qué tipologías nos podemos encontrar? ¿Quiénes pueden ser los beneficiarios y qué riesgos pueden cubrir? ¿Dónde se regulan y cuáles son las vías de implantación?

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Históricamente ha existido la percepción de que el sistema público de la Seguridad Social debía ofrecer unas prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos y frente a todas las situaciones de necesidad previstas. Por lo tanto, los sistemas complementarios en la práctica no tenían mucha fuerza y se consideraban marginales. No obstante, tradicionalmente la previsión social complementaria se ha instrumentado a través del mutualismo libre que tuvo su origen en la Ley de Mutualidades de 6 de diciembre de 1941 y el Reglamento para la aplicación de la ley de Montepíos y Mutualidades de 1942. La ley consagró el principio de autonomía y plena capacidad jurídica de los Montepíos y Mutualidades de Previsión social, y los definió como asociaciones que sin ánimo de lucro ejercen una modalidad de previsión de carácter social o benéfico, encaminada a proteger a sus asociados o sus bienes contra circunstancias o acontecimientos, mediante aportaciones directas de sus asociados. También se determinó que estas prestaciones eran compatibles y totalmente independientes con los beneficios que puedan corresponder a los seguros sociales obligatorios del Estado¹⁹⁸. Basándose en esta ley y reglamento, se crearon por ejemplo el Montepío Marítimo

¹⁹⁷ GALLARDO MOYA, R. "Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva", en. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N^o2, La Ley, Madrid, 1991, pág. 473.

¹⁹⁸ UCELAY REPOLLÉS, M., "El mutualismo voluntario en el derecho español", http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xiO5AKy_eygJ:www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx%3FMAVqs%3D~aWQ9Mjk0TEmaWRIPTEwMzcmdXJ-sPTEwJm5hbWU9UlBTXzAyMF8wMDkucGRmJmZpbGU9UlBTXzAyMF8wMDkucGRmJnRhYmxhPUFydGljdWxvJmNvbmlbnQ9YXBwbGljYXRpb24vcGRm+&cd=7&hl=es&ct=clnk&gl=es

Nacional en 1951, el Montepío de Servicio doméstico en 1959 y la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria en 1959. El legislador pretendía instrumentalizar la previsión voluntaria a través de las mutualidades y montepíos de previsión social. El mutualismo, como instrumento de previsión social ha tenido más importancia en el ámbito de los funcionarios públicos en el marco de los trabajadores por cuenta ajena¹⁹⁹. En este sentido, fueron las mejoras voluntarias de la Seguridad Social otro mecanismo para los trabajadores por cuenta ajena y la primera regulación de dichos mecanismos se hizo a través del Decreto de 21 de marzo de 1958, en el que se declaraban exentas de cotización a la Seguridad Social las retribuciones complementarias. En consecuencia, muchos convenios colectivos recogían mejoras voluntarias y esas exenciones tenían impacto directo en la financiación del sistema de la Seguridad Social. Cinco años más tarde, se aprobó el Decreto 56/1963, de 17 de enero, que canalizó las formas complementarias de Seguridad Social procedentes de la iniciativa empresarial o de la negociación colectiva, a través de un sistema de prestaciones libremente concertadas con instituciones de Seguridad Social y que tenía la intención de evitar la proliferación de regímenes complementarios. Según la doctrina este decreto era restrictivo, porque debía realizarse una integración posible entre las mejoras voluntarias y los regímenes de previsión obligatorios²⁰⁰. El mismo año, se aprobó la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social y fue la que impulsó la externalización de las mejoras voluntarias gestionadas por las entidades aseguradoras. En esta ley se recogieron tres tipos de mejoras: por un lado, el aumento de las bases de cotización; por otro lado, el establecimiento de tipos de cotización adicionales; y por último, la mejora directa de prestaciones. La siguiente regulación sobre el tema de las mejoras voluntarias se dio en 1966 con la aprobación de la Orden Ministerial de 28 de diciembre que aún sigue vigente, por la que se regularon las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social. A través de esta orden las modalidades de mejoras voluntarias se limitaron a dos, esto es, se contemplaban las mejoras directas de prestaciones y las mejoras mediante el establecimiento de tipos de cotización adicionales²⁰¹.

¹⁹⁹ QUESADA SANCHÉZ, F.J. y ROJAS TERCERO, J.A., “Antecedentes históricos de la previsión social”, en. *Pecunia*, 8, 2009, pág. 307-323.

²⁰⁰ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., “Las mejoras voluntarias de protección social: naturaleza y régimen jurídico”, en. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 36, 1995, pág. 88.

²⁰¹ *Ibid.* Pág. 67-71.

Más tarde, ya en la década de los 80, cuando la Seguridad Social pública presentó una serie de problemas vinculados a su viabilidad, fue transformándose la idea que predominaba entre los trabajadores y agentes sociales de que el sistema público de pensiones ofrecía prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos frente a situaciones de necesidad. Entre los problemas a los que se enfrentó el sistema de Seguridad Social pública destacaban la fuerte incertidumbre de la evolución del sistema y su estabilidad, la desprotección de algunos colectivos y las graves deficiencias en la gestión del sistema. En esta década, concretamente en 1982, se presentó por parte del Gobierno un Programa general de Racionalización y Mejora. A este programa le siguió la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social y el Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre. Con esta ley se amplió el período necesario para acceder a las prestaciones de 10 a 15 años, incorporada con un período transitorio. En 1987, se aprobó la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, que ha sido el exponente máximo de complementariedad del sistema de pensiones. Con esta ley la previsión social voluntaria y privada incrementó considerablemente, y se definía como *“un contrato privado y voluntario que garantiza la cobertura de las necesidades que se derivan de la jubilación, invalidez y el fallecimiento del partícipe mediante el cobro de unas prestaciones en forma de renta o capital. Éstas pueden tener un carácter independiente o complementario de las que, en su caso, se pudieran devengar de la Seguridad Social, a las que nunca sustituyen”*²⁰².

Ante dicha situación también comenzaron las recomendaciones y los incentivos a sistemas complementarios. Entre otros, el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social de 1996, en su apartado H recogía lo siguiente: *“las partes firmantes valoran positivamente los sistemas voluntarios complementarios del Sistema público, tanto individuales como colectivos, en la medida que pueden contribuir a consolidar el modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la Constitución. A tal fin es criterio de las partes que debe tenerse en cuenta el establecimiento de un régimen de garantías básicas y su regulación adecuada desde el punto de vista fiscal, con especial atención a los sistemas colectivos. También se tendrá en cuenta en esta regulación que aquellos sistemas constituyen una importante fuente de ahorro, tanto individual como colectivo. Se atemperará su tratamiento*

²⁰² AHUMADA CARAZO, R.M. et al. “Análisis de la inversión de los fondos de pensiones españoles en mercados extranjeros”, en., XIII. Congreso Nacional, IX. Congreso Hispano-Francés, Logroño, 1999, pág. 655-664.

a las directrices marcadas por el Derecho comunitario. El seguimiento y debido control se asegurará a los partícipes”.

Asimismo, en la Recomendación XIV del Pacto de Toledo y en el apartado XIII del Acuerdo Social de 2001, se reconocía que el sistema público y obligatorio puede complementarse voluntariamente por sistemas de ahorro y protección social, tanto individuales como colectivos, externos a la Seguridad Social, que tenga por objeto exclusivo mejorar el nivel de prestaciones que otorga la Seguridad Social pública²⁰³. Esto es, se mencionaba que era recomendable desarrollar fórmulas de pensión complementaria a través de planes de pensiones o de otras formas aseguradoras con el fin de que la jubilación no ocasionara una reducción traumática de los recursos económicos del pensionista. De todas las fórmulas posibles, la Comisión mostró su preferencia por los planes de pensiones de empleo y los seguros colectivos de ámbito empresarial.

En los últimos años, se han producido diversos intentos de promover las fórmulas complementarias, y, por tanto, las mejoras voluntarias ya no pueden ser consideradas como residuales y arcaicas.

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En primer lugar, antes de entrar a definir las mejoras voluntarias, hay que destacar que éstas son una de las posibles formas de encauzar la materia de previsión social complementaria. No quiere decir esto, desde luego, que sean los únicos instrumentos. Son varios los cauces posibles de la previsión social voluntaria teniendo en cuenta que todas ellas están basadas en el artículo 41 de la Constitución Española. La última parte del artículo ha llevado en diversas ocasiones a interpretaciones confusas como, por ejemplo, pensar que esta protección tiene además de un carácter voluntario, un carácter privado. Hay que destacar que esta interpretación no es del todo correcta, ya que es verdad que con ello se quiere fomentar la iniciativa privada, aunque no quiere decir que no puedan intervenir en este terreno las instituciones públicas. Esto es, la libertad se identifica con la voluntariedad y no con el carácter privado. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1994, concluyó que *el sistema público de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o de*

²⁰³ GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 19-27.

*responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora*²⁰⁴. Además, las mejoras voluntarias están de forma muy clara conectadas al sistema de Seguridad Social, debido a que están reguladas en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Pero, hoy en día, las mejoras voluntarias no sólo se limitan y desarrollan basándose en dicha ley, sino que también se instrumentan a través de otros mecanismos que cada sujeto particularmente quiera otorgarse a través de distintos instrumentos financieros de ahorro existentes en cada momento (planes y fondos de pensiones, seguros privados...). Estos últimos mecanismos están sujetos a cada particular, es decir, cada sujeto particularmente podrá otorgarse a través de los distintos instrumentos financieros de ahorro existentes en cada momento.

La finalidad de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social es incrementar el nivel de cobertura de las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública. Respecto al concepto o definición de las mejoras voluntarias, cabe señalar que no existe una definición legal de la misma. Por esta razón, ha sido tanto la doctrina como la jurisprudencia las que han ido aportando diferentes definiciones de las mismas.

Siguiendo las aportaciones de la doctrina, GALA DURÁN define las mejoras voluntarias como aquellas obligaciones legales o contractuales de la empresa con sus trabajadores derivadas de la propia voluntad del empresario o fruto del contrato de trabajo o de la negociación colectiva, que tengan por objeto mejorar la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social²⁰⁵. Asimismo, ampliando la definición anterior, las entiende como *“aquel conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que, complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social, tratan de garantizar a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de las rentas de activos”*²⁰⁶, o también como *“obligaciones empresariales que nacen del propio contrato de trabajo o de la negociación colectiva y, por tanto, se trata de mejoras voluntarias que sólo toman a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social como punto de referencia para ampliar el ideal de cobertura alcanzado por el sistema”*²⁰⁷.

²⁰⁴ CASTRO ARGÜELLES, M.A., “La Ley de la Seguridad Social y la prestación por incapacidad temporal: Sentencia TC 37/1994, de 10 de febrero...”, *Op.cit.*, pág. 270.

²⁰⁵ AGUILERA IZQUIERDO R., BARRIOS BAUDOR G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., *Protección social complementaria...*, *Op.cit.*, pág. 163.

²⁰⁶ GALA DURÁN C. *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 31.

²⁰⁷ *Íbidem.*

Siguiendo la misma línea, se puede decir que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social son compromisos asumidos por parte de las empresas, en virtud de un convenio, un contrato de trabajo o una decisión unilateral, con la intención de mejorar o incrementar la acción protectora que dispensa la Seguridad Social²⁰⁸. De todas formas, el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre), en su artículo 23, donde se delimitan los componentes que integran la base de cotización, en su párrafo 2.F.a) indica: *“Se consideran mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social las cantidades dinerarias entregadas directamente por los empresarios a sus trabajadores o asimilados, así como las aportaciones efectuadas por aquéllos a los planes de pensiones y a los sistemas de previsión social complementaria de sus trabajadores...siempre que el beneficio obtenido o que pudiera llegar a obtenerse por el interesado suponga una ampliación o complemento de las prestaciones económicas otorgadas por el Régimen General de la Seguridad Social en el que se hallen incluidos dichos trabajadores...”*.

Por su lado, GARCIA BECEDAS entiende que las mejoras voluntarias son *“aquel conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que, complementando o suplementado los regímenes públicos de Seguridad Social, tratan de garantizar a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de rentas de activo”*²⁰⁹. En cambio, para GALLARDO MOYA, las mejoras voluntarias son *“las obligaciones empresariales que nacen del propio contrato de trabajo o de la negociación colectiva, y por tanto se trata de mejoras voluntarias que sólo toman a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social como punto de referencia para ampliar el ideal de cobertura alcanzado por el sistema”*²¹⁰.

Por lo tanto, se deja en manos de la autonomía colectiva la complementación de la acción protectora de la Seguridad Social, bien sea por la negociación colectiva o bien por la decisión del empresario, y se introducen al régimen de Seguridad Social. En consecuencia, se entiende que las mejoras voluntarias forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social y tienen los caracteres atribuidos a las prestaciones de Seguridad Social. Consecuentemente, según MARTÍN

²⁰⁸ ROQUETA BUJ, R., “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”, en. *Actualidad Laboral*, Nº12, Quincena del 16 al 30 junio 2010, Tomo 1, Editorial La Ley, pág. 2.

²⁰⁹ GARCIA BECEDAS, G., “La seguridad Social complementaria en España”, en. AAVV., III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, pág. 17-46.

²¹⁰ GALLARDO MOYA, R. “Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva...”, *Op.cit.*, pág. 10.

VALVERDE, el criterio de distinción entre la Seguridad Social básica y la seguridad social complementaria descansa en quién ostenta la iniciativa para la implantación, gestión y financiación de la prestación. Si ésta ha sido establecida por el Estado nos encontramos ante la Seguridad Social básica. Pero por el contrario, si se trata de una protección adicional creada, organizada y sufragada por la iniciativa privada, nos hallamos frente a la seguridad social complementaria²¹¹.

En cuanto a las características de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social hay que destacar las siguientes:

- 1) Las mejoras voluntarias se instauran voluntariamente, por decisión unilateral del empresario, a través del contrato de trabajo o mediante la negociación colectiva. En este sentido no pueden ser obligatorias por imposición legal²¹². La forma más habitual de establecer las mejoras voluntarias es la negociación colectiva, tanto del ámbito empresarial como supraempresarial.
- 2) A pesar de la voluntariedad a la hora de crearlas, una vez instauradas son obligatorias en cuanto a su reconocimiento a favor de los beneficiarios y en lo relativo a su eventual modificación y supresión²¹³. Esta característica se fundamenta en el artículo 239 de la LGSS, donde se menciona que *“las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo...No obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”*. Lo mismo reconoció el Tribunal Supremo, cuando dispuso que a pesar del carácter voluntario cuando un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, no podrá ser anulado o disminuido si no es acorde a las normas que regulan su reconocimiento (STS 3083/2006, de 30 de marzo)²¹⁴. En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Nacional, en un litigio entre trabajadores y la empresa IBM. En este caso, todos los trabajadores tenían con-

²¹¹ ROQUETA BUJ, R., Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social..., *Op.cit.*, Pág. 2.

²¹² ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro...*, *Op.cit.*, pág. 25-26.

²¹³ GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 37.

²¹⁴ STS de 39 de marzo de 2006, rec.3083/2006.

solidada una mejora voluntaria que sólo podía ser modificada a través de la negociación colectiva. La empresa en este supuesto, para convertir ese derecho adquirido, les exigía a los trabajadores la renuncia previa al Plan Tradicional. Según el Tribunal ni la empresa estaba legitimada para ofrecer una obligación alternativa a una mejora voluntaria, ni los trabajadores estaban legitimados a renunciar individualmente a la mejora voluntaria (SAN 154/2011, de 11 de noviembre)²¹⁵.

- 3) La finalidad de las mejoras voluntarias es la de mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora del nivel contributivo del sistema de la Seguridad Social. En este sentido, se plantea la siguiente duda: ¿las mejoras voluntarias deben afectar y mejorar las mismas contingencias de la Seguridad Social o pueden ser contingencias distintas a las previstas por el sistema de Seguridad Social? Existen diversas posturas doctrinales al respecto. Algunos realizan una interpretación estricta entendiendo que las mejoras voluntarias deben afectar a idénticas contingencias y deben mantener la misma estructura de las prestaciones básicas; pero otros creen que se puede utilizar una estructura prestacional distinta a la empleada por la Seguridad Social²¹⁶. En este sentido, se puede distinguir entre las mejoras complementarias y autónomas²¹⁷. Las primeras, son aquéllas que se refieren a las mismas contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social y que utilizan la misma estructura prestacional del sistema. Las segundas, en cambio, también mejoran las prestaciones del sistema de Seguridad Social, pero utilizando otra estructura diferente.
- 4) Son objeto de gestión privada por vía del empresario o a través de entidades mercantiles. Por lo tanto, se financian a cargo de fondos privados y son gestionadas por entidades privadas aunque las facultades de autorización, inspección y tutela corresponden a la Administración pública²¹⁸.
- 5) Las mejoras voluntarias pueden tener naturaleza individual o colectiva, es decir, pueden afectar a una persona o a un colectivo

²¹⁵ SAN de 11 de noviembre de 2011, rec. 154/2011.

²¹⁶ GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 32-33.

²¹⁷ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 601-602.

²¹⁸ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 29.

de trabajadores. Sin embargo, generalmente suelen tener eficacia colectiva, ya que se establecen en convenios colectivos²¹⁹.

- 6) Las mejoras voluntarias pueden mejorar tanto las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social como las de algunos Regímenes Especiales de Seguridad Social²²⁰.

Una vez delimitado el concepto y las características de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, podemos distinguir las mejoras en varias clases. En primer lugar, dependiendo del acto de creación de esas mejoras, pueden clasificarse como mejoras creadas por convenio colectivo, por contrato de trabajo y por acto unilateral del empresario. En segundo lugar, dependiendo de la financiación podemos observar las mejoras financiadas a cargo de las empresas o las mejoras financiadas conjuntamente por los empresarios y los trabajadores. En tercer lugar, existe otra clasificación dependiendo de quién es el gestor de dichas mejoras. Así, pueden ser mejoras otorgadas por las empresas o gestionadas por contrato de seguro, plan de previsión social empresarial o plan/fondo de pensiones. En último lugar, según la forma de la prestación complementaria pueden ser mejoras que consisten en la entrega de una cantidad a tanto alzado o las mejoras consistentes en la entrega de una renta periódica²²¹.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

En este tema surgen distintas opiniones por parte de la doctrina. Así, mientras algunos autores consideran que las mejoras voluntarias son elementos de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, otros creen que las mejoras voluntarias no son Seguridad Social. La doctrina que apoya la primera tendencia argumenta que aunque las mejoras voluntarias no tengan las características propias del sistema de Seguridad Social (garantía del Estado y obligatoriedad), una vez establecidas forman parte de la acción protectora del sistema. Los autores que se encuentran a favor de esta tesis contemplan la Seguridad Social complementaria como un concepto amplio donde se integran tanto la asistencia social, los servicios sociales y las mejoras voluntarias y su objetivo principal es de complementar las contingencias que

²¹⁹ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Parte I*, Universidad Autónoma de Barcelona, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pág. 33.

²²⁰ *Ibid.* pág. 34.

²²¹ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 30-31.

pueden coincidir o no con las protegidas por el sistema de Seguridad Social²²².

Sin embargo, la doctrina que realiza una interpretación estricta de la naturaleza de las mejoras voluntarias argumenta que las mejoras voluntarias no son parte del sistema de Seguridad Social por no cumplir las características propias del sistema, como es la iniciativa privada. En definitiva, son obligaciones empresariales que derivan del contrato de trabajo o del convenio colectivo que están desconectadas del sistema de Seguridad Social²²³. Para contra-argumentar la postura de los autores que defienden la tesis anterior, señalan algunos aspectos. En primer lugar, la previsión social complementaria se basa en principios contractualistas del derecho privado, dado que dichos mecanismos de complementariedad se crean a través del acuerdo de voluntad, tanto individual como colectivo. En segundo lugar, la creación de las mejoras voluntarias es voluntaria a diferencia del sistema de Seguridad Social, aunque es cierto que una vez establecidas se convierten en obligaciones para el empresario. En tercer lugar, las mejoras voluntarias no son gestionadas por el Estado sino que se caracterizan por la gestión privada que puede desempeñarse directamente por el empresario o por medio de entidades mercantiles²²⁴. En cuarto lugar, si se produce algún incumplimiento en materia de mejoras voluntarias no se equipara con las infracciones de la Seguridad Social sino que se les aplican las infracciones en materia de relaciones individuales y colectivas. Esto es, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social, no incluye las mejoras voluntarias en el ámbito de las infracciones en materia de Seguridad Social²²⁵. Asimismo, en varias ocasiones el Pacto de Toledo ha expresado tácitamente que la protección social complementaria no es un elemento interno del sistema de la Seguridad Social. Incluso el artículo 41 de la Constitución señala que las prestaciones complementarias serán libres y por tanto, quedan excluidas del régimen público de la Seguridad Social²²⁶. En

²²² GALA DURÁN C. *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 43.

²²³ *Ibid.* pág. 50.

²²⁴ *Ibid.* pág. 44.

²²⁵ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C., "La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias", en. *Anuario Jurídico de La Rioja*, Nº3, 1997, pág. 285.

²²⁶ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 48-50.

este sentido también se pronunció el Tribunal Constitucional cuando recordó que en el plano internacional resulta claro que la noción de Seguridad Social no puede predicarse de instituciones protectoras que tengan su origen en la extensión de la acción tutelar que dispensan (STC 206/1997, de 27 de noviembre)²²⁷.

En definitiva, cuando se menciona la complementariedad en sentido estricto, los autores se refieren a que la mejora se plantee desde el propio sistema, es decir, se amplía el grado de protección ya proporcionado por el sistema de Seguridad Social. Sin embargo, si se realiza una interpretación más amplia, podrían incluirse todos aquellos supuestos que aporten al trabajador una mayor protección sin tener en cuenta si coincide o no con el sistema²²⁸.

Siguiendo con la naturaleza jurídica de dichas mejoras también se ha defendido la naturaleza salarial de las mismas basándose en su carácter voluntario y privado y desligado de la estricta prestación material del trabajo. Sin embargo, esta posición ha planteado algunos interrogantes²²⁹. En primer lugar, la compatibilidad de la legislación vigente, concretamente con el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores donde se recoge que *“no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”*. En segundo lugar, las mejoras voluntarias se reciben cuando el contrato de trabajo se encuentra en suspenso y, por tanto, cuando no existe ninguna remuneración, es decir, cuando no existe una recompensa por la prestación de servicios. Esto es, las mejoras voluntarias no constituyen una contraprestación de servicios²³⁰. En tercer lugar, las mejoras voluntarias no siempre las abona el empresario sino también lo hacen las instituciones privadas. Por último, el objetivo de las mejoras voluntarias por lo general suele ser la sustitución de las percepciones salariales.

²²⁷ STC de 27 de noviembre de 1997, rec. 206/1997.

²²⁸ RODRÍGUEZ HURTADO, J.L., *La voluntariedad en el sistema de protección social. Aseguramiento voluntario público y previsión complementaria...*, *Op.cit.*, pág. 299.

²²⁹ GALA DURÁN C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Parte II*, Universidad Autónoma de Barcelona, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pág. 51-52.

²³⁰ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 32.

La jurisprudencia, por su parte, también ha declarado que las mejoras voluntarias no son salario, como lo expresa por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1995 (núm. 3994/1994), que declara que “...no tiene el carácter de salario a tenor de lo prevenido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores por no existir contra-prestación de servicios y tampoco se trata de una pensión o prestación económica de la Seguridad Social a las que se refiere el artículo 18.2. de la Ley 31/1984...”²³¹.

Se pueden observar diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales relacionadas con la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, como hemos podido constatar. Teniendo en cuenta las características de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, esto es, su voluntariedad (aunque cuando se instauran tengan carácter obligatorio) y su gestión privada por parte del empresario o por entidades gestoras, opino que se trata de un ámbito externo al sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, creo que la interpretación estricta es más adecuada, básicamente porque el artículo 41 CE en su último enunciado califica a las prestaciones complementarias como “libres”, y si el legislador hubiese querido incorporarlas dentro de la protección que garantiza el sistema de Seguridad Social, esta frase carecería de sentido. Asimismo, las mejoras voluntarias tienen características opuestas al sistema de Seguridad Social ya que las primeras son voluntarias a diferencia de la obligatoriedad del sistema de Seguridad Social para todos los ciudadanos. Esta voluntariedad queda reflejada en su modo de creación, dado que su origen se encuentra en la negociación colectiva o en la decisión unilateral del empresario. También es de destacar la diferencia que encontramos respecto a la institución responsable de la gestión de cada sistema, esto es, mientras el sistema de Seguridad Social es gestionado por el Estado como modo de garantía, las mejoras voluntarias no suelen ser gestionadas por dicha institución.

La función de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social como se ha constatado es la de complementar las prestaciones de la Seguridad Social. Con “prestaciones” nos referimos a las contingencias cubiertas como los períodos de incapacidad permanente, incapacidad temporal, maternidad y jubilación entre otros. Por tanto, creo que es descartable la consideración de su naturaleza salarial porque su objeto no es complementar el salario sino las prestaciones que se percibirán cuando dicha remuneración no se tenga. Realizando una lectura de la definición del salario en el Estatuto de los Trabajadores llegamos a la misma

²³¹ STS de 3 de julio de 1995, rec. 3994/1994.

conclusión, ya que el texto se refiere a las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación profesional de los servicios laborales. Descartamos con esta lectura también el carácter salarial, debido a que las mejoras voluntarias no son contrapartida de los servicios laborales sino, por el contrario, la percepción de una cantidad económica que mejora la prestación dispensada por la Seguridad Social, la cual se percibe cuando no es posible recibir una retribución por los servicios laborales.

4. TIPOLOGÍA O MODALIDADES DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

En un primer momento, las normas relacionadas con la Seguridad Social recogían tres tipos de mejoras voluntarias, esto es, las mejoras directas de las prestaciones, las mejoras por tipos de cotización adicionales y las mejoras en las bases de cotización, aunque en 1974, desapareció esta última. Actualmente, el artículo 238 de la Ley General de la Seguridad Social únicamente recoge las mejoras directas y las mejoras por tipos de cotización adicionales.

La primera modalidad, esto es, las mejoras directas de las prestaciones se recogen en el artículo 239 de la LGSS y las define de la siguiente manera: *“Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Excepcionalmente, y previa aprobación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrá establecerse 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”*. Sin embargo, el carácter voluntario del empresario se convierte obligatorio cuando un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, dado que su anulación o disminución debe llegar desde las normas que regularon su reconocimiento. La finalidad de las mejoras directas es el incremento directo de la prestación reconocida por la Seguridad Social pública y por tanto, quedan fuera de este concepto los compromisos adoptados por el empresario y dirigidos a cubrir necesidades que no estén protegidas por el sistema de Seguridad Social²³². Los beneficiarios de estas mejoras son los trabajadores asalariados que se encuentran previamente incluidos en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social²³³. Pueden consistir en

²³² AGUILERA IZQUIERDO R., BARRIOS BAUDOR G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., *Protección social complementaria...*, *Op.cit*, pág. 54-46.

²³³ SALVADOR PÉREZ, F., “Las mutualidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”, en. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 43, Civitas, 1990, pág. 520.

cantidades a tanto alzado, en prestaciones temporales o en prestaciones económicas vitalicias.

Dentro de esta modalidad podemos observar que existe otra clasificación basada en el artículo 240 de la LGSS. En este sentido, las mejoras directas las podrá realizar directamente el empresario o se podrán realizar a través de fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase. No obstante, en la práctica es la empresa la que gestiona la mejora voluntaria y antes podía realizarla directamente o a través de los contratos de seguros o los planes de pensiones. En 1995, con la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de seguros privados, se estableció la obligación de externalizar los fondos internos que tienen las empresas para dar cumplimiento a los compromisos por pensiones de sus trabajadores con el fin de garantizar la gestión de las mismas y ofrecer mayores garantías para los empleados. Esto implicaba que las mejoras voluntarias no podían gestionarse ya directamente por el empresario y éstos debían regularlas a través de contratos de seguros, planes de pensiones o utilizando los dos mecanismos. A partir de esta regla, las mejoras voluntarias que las empresas pueden gestionar directamente a cargo de sus propios fondos son limitados, es decir, únicamente podrán ser mejoradas a través de esta vía aquéllas que estén relacionadas con la asistencia sanitaria, la incapacidad temporal, los permisos de maternidad y paternidad, las prestaciones por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia y las prestaciones familiares²³⁴. Sin embargo, el resto de prestaciones (invalidez, jubilación, muerte y supervivencia) deberán externalizarse. En el caso de incumplimiento del empresario ante esta regla, el artículo 8.15 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) establece como infracción muy grave *“el incumplimiento por la empresa de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones con el personal de la empresa en los términos establecidos en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones”*.

Estas mejoras directas de prestaciones pueden adoptar diversas formas basándose en el principio de libertad de establecimiento reconocido en el artículo 37.1 y 41 de la CE. En este sentido, las mejoras directas pueden ser mejoras complementarias, es decir, pueden ser mejoras de las mismas prestaciones que otorga la Seguridad Social

²³⁴ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 44-45.

pública y utilizarse la misma estructura prestaciones; o pueden ser las denominadas mejoras voluntarias suplementarias o autónomas, que son mejoras en la protección de las mismas contingencias reconocidas por la Seguridad Social pública pero a través de prestaciones con una naturaleza o estructura diferente²³⁵ ²³⁶. Parte de la doctrina la divide entre mejoras directas de la prestación en sentido estricto y mejoras directas en sentido amplio esta clasificación. Esto es, las primeras comprenden las mejoras que realiza el empresario a las prestaciones reconocidas por la Seguridad Social; en cambio, las segundas son mejoras voluntarias pero no relacionadas con la mejora de la prestación a menos que se realicen a través de los premios o gratificaciones como ocurre por ejemplo, con los casos de jubilación, jubilación anticipada, ayudas familiares...²³⁷.

El segundo tipo, es decir, las mejoras por tipos de cotización adicionales son reguladas por el artículo 241 de la LGSS que recoge lo siguiente: “*el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a instancia de los interesados, podrá aprobar cotizaciones adicionales efectuadas mediante el aumento del tipo de cotización al que se refiere el artículo 145, con destino a la revalorización de las pensiones u otras prestaciones periódicas ya causadas y financiadas con cargo al mismo o para mejorar las futuras*”. En este supuesto, tanto el empresario como el trabajador mantienen la misma proporcionalidad que en el tipo inicial de cotización, excepto que el empresario decida asumir mayor proporción²³⁸.

Entre estas dos modalidades de mejoras voluntarias, las mejoras directas de prestaciones han estado más extendidas debido a su tradición y por incorporarlas en los convenios colectivos. Sin embargo, no debemos olvidar que la materia de Seguridad Social no puede ser objeto de negociación colectiva, exceptuando el establecimiento de las mejoras voluntarias. La segunda modalidad mencionada, esto es, las mejoras por tipos de cotización adicionales han tenido una escasa utilización²³⁹

²³⁵ AGUILERA IZQUIERDO R., BARRIOS BAUDOR G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., *Protección social complementaria...*, *Op.cit.*, pág. 164.

²³⁶ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 29.

²³⁷ GALLARDO MOYA, R. “Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva...”, *Op.cit.*, pág. 476.

²³⁸ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., “Las mejoras voluntarias de protección social: naturaleza y régimen jurídico”, *Op.cit.*, pág. 85.

²³⁹ GARCÍA VALVERDE, M.D. y GARCÍA VALVERDE F., “Las mejoras voluntarias de la seguridad social: situación actual en la normativa y la jurisprudencia de España”, *en. Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol.62, Ginebra, 2009, pág. 111-112.

posiblemente debido a la complejidad y los fuertes controles administrativos para establecerlos.

5. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

En este apartado nos centraremos en los beneficiarios de las mejoras voluntarias y en las contingencias que pueden ser mejoradas. En este sentido, debemos basarnos en el artículo 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, donde se recoge 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”*.

Respecto al ámbito subjetivo, si tenemos en cuenta el artículo 7.1 de la LGSS estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, todos los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional. Por tanto, se engloba a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia, a los socios trabajadores de trabajo asociado, a los estudiantes y funcionarios públicos. En este sentido, la acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva puede ser mejorada voluntariamente para los trabajadores que estén encuadrados en el sistema de la Seguridad Social²⁴⁰.

Estas mejoras surgen de las relaciones entre los trabajadores y empresarios, pero siempre se deberá salvaguardar el principio de igualdad dentro de esa autonomía privada. Es decir, es imprescindible respetar el artículo 14 de la Constitución donde se prohíbe emplear factores de exclusión por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Asimismo, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación también prohíbe la discriminación por razón de sexo. Este principio de igualdad se cuestiona cuando los convenios colectivos recogen cláusulas relacionadas con el carácter temporal de los contratos, exigiendo una determinada antigüedad de meses o años al trabajador, o sólo refiriéndose

²⁴⁰ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 75.

a una categoría de trabajadores. Para que estas cláusulas se encuentren justificadas deben exigir esa permanencia por propia naturaleza del derecho, como es el caso por ejemplo de las indemnizaciones por jubilación vinculadas a los años de antigüedad en la empresa²⁴¹. Los Tribunales también se han pronunciado en el mismo sentido, y así, por ejemplo el Tribunal de Justicia de Andalucía consideró que cuando un convenio colectivo establece la mejora voluntaria de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional sólo para los trabajadores fijos y no para los temporales, vulnera el principio de igualdad ante la ley de esos distintos grupos de trabajadores. Continuó razonando que carece de cualquier justificación objetiva y razonable la exclusión de la indemnización establecida (STJ de Andalucía 2474/2011, de 22 de septiembre)²⁴². De esta sentencia se puede concluir que los trabajadores fijos y temporales deben tener la misma cobertura de mejoras voluntarias como proporciona el sistema obligatorio de Seguridad Social. Otra razón discriminatoria y que vulneraría el artículo 14 de la CE es que se les excluyese de las mejoras voluntarias a los trabajadores que se encuentren de baja en la empresa por enfermedad o accidente. Por lo tanto, para que pueda operarse una diferenciación entre situaciones iguales será necesario que exista una justificación objetiva y razonable²⁴³, esto es, lo que prohíbe el principio de igualdad “son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado”²⁴⁴. El principio de no discriminación es requisito indispensable en la regulación de los convenios colectivos pero no puede predicarse en los acuerdos o pactos de empresa informales, ya que no tienen valor normativo en el ordenamiento legal²⁴⁵.

Cuando nos referimos a las prestaciones por muerte y supervivencia, del mismo modo que en el sistema de Seguridad Social, los beneficiarios de éstas son los familiares del trabajador. Asimismo, pueden ser terceras personas si es que han sido expresamente designadas.

Para que los beneficiarios de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social puedan disfrutar de dichas mejoras deben reunir unos requi-

²⁴¹ GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 92-93.

²⁴² STSJ de Andalucía, de 22 de septiembre de 2011, rec.2474/2011.

²⁴³ RODRÍGUEZ HURTADO, J.L., *La voluntariedad en el sistema de protección social. Aseguramiento voluntario público y previsión complementaria...*, *Op.cit.*, pág. 320.

²⁴⁴ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 77.

²⁴⁵ *Ibid.* pág. 95.

sitos: en primer lugar, el trabajador debe encontrarse en activo en el momento de sobrevenir la contingencia protegida, es decir, el contrato debe tener vigencia en ese momento; en segundo lugar, acreditar que lleva un período mínimo de antigüedad en la empresa. Teniendo en cuenta el principio de igualdad mencionado anteriormente, esta exigencia únicamente será admisible cuando la propia naturaleza de la mejora justifique el requisito de permanencia en la empresa, como es el caso por ejemplo de un premio por jubilación vinculado a los años que se lleva en la empresa. El auto del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018²⁴⁶, tiene por objeto resolver un recurso presentado por los herederos del fallecido que era beneficiario de la pensión por incapacidad permanente absoluta prevista en el convenio colectivo de aplicación y concretada mediante un seguro colectivo contratado por el empresario. Los herederos alegan que deben reconocérseles la mejora voluntaria por estar vinculado el trabajador, después despedido y fallecido, a la empresa en el momento del hecho causante de la mejora, y que el hecho causante no debe ser la fecha del dictamen del EVI, sino el anterior del inicio de la incapacidad temporal. El Tribunal no admite el recurso declarando lo siguiente: *“...conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la determinación del hecho causante de una mejora voluntaria de seguridad social, de su fecha, corresponde, de existir como en el caso de autos, a la regulación ad hoc de la propia mejora. Regulación ad hoc que en el presente caso no se encuentra en el convenio colectivo, que solo obliga al empresario a contar con un seguro colectivo para la cobertura de ciertos riesgos, incluido el de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común. Se encuentra en el contrato de seguro entre el empresario y la compañía aseguradora y según la interpretación que la sentencia recurrida hace de la correspondiente cláusula contractual la fecha del hecho causante es la del dictamen-propuesta del EVI. Pues bien, dicha fecha, la de efectos económicos de la IPA, es el 7 de febrero de 2013, habiéndose extinguido el contrato de trabajo el 16 de julio de 2012...en el momento del hecho causante de la mejora voluntaria, el 7 de febrero de 2013, el trabajador ya no estaba vinculado a la empresa, no correspondiéndole en consecuencia, la mejora voluntaria reclamada”*.

En cuanto al ámbito objetivo, si observamos de nuevo el artículo 43.1 de la LGSS, podemos deducir que las mejoras voluntarias deben mejorar las mismas contingencias que reconoce el sistema público de la Seguridad Social. Para saber cuál es la acción protectora de la Seguridad Social hay que acudir al artículo 42 de la LGSS, donde se recoge como acción protectora de la Seguridad Social la asistencia sanitaria

²⁴⁶ Auto del TS, de 22 de marzo de 2018, núm. 3164/2017.

en caso de maternidad, enfermedad común o profesional y accidente, la recuperación profesional, las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores afectados por el cáncer u otra enfermedad grave, incapacidad permanente, desempleo y muerte y supervivencia. Esto supone que si se mejora cualquier otra situación de necesidad, no podrá calificarse como mejora voluntaria como ocurre por ejemplo con las prestaciones por nupcialidad o natalidad reconocido en muchos convenios colectivos²⁴⁷.

Antes ya se ha realizado esta diferencia, pero dependiendo del contenido de las mejoras voluntarias pueden ser prestaciones complementarias o autónomas. Las primeras complementan las mismas contingencias que el sistema público de la seguridad social, utilizando la misma estructura prestacional establecida por las normas de Seguridad Social. Por tanto, consistirán en mejorar las contingencias de incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia; en cambio las segundas, tienen como finalidad proteger a sus beneficiarios frente a los mismos riesgos reconocidos por la Seguridad Social, pero por medio de prestaciones de naturaleza distinta. Se centran en las contingencias de jubilación, incapacidad permanente o muerte y supervivencia y consisten en un pago de una indemnización a tanto alzado²⁴⁸. El concepto de riesgos y contingencias deben ser precisados en el convenio colectivo o póliza que las genera y si éstos no lo hacen, entonces deberán de tenerse en cuenta los conceptos establecidos en el sistema de Seguridad Social²⁴⁹.

Una vez delimitado el contenido es importante saber y determinar cuándo se produce el hecho causante que da opción a recibir la mejora voluntaria. Son las mejoras voluntarias de incapacidad permanente las que mayores dudas han generado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El planteamiento viene de si el hecho causante se considera la fecha de la constatación médica de la invalidez, o la fecha de la declaración firme de incapacidad, o del accidente o enfermedad, o la fecha de la correspondiente propuesta de incapacidad. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla León determinó que a falta de indicación en contrario en la configuración de la mejora voluntaria

²⁴⁷ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C., “La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias...”, *Op.cit.*, pág. 293.

²⁴⁸ *Ibid.* pág. 294-299.

²⁴⁹ GARCÍA VALVERDE, M.D. y GARCÍA VALVERDE F., “Las mejoras voluntarias de la seguridad social: situación actual en la normativa y la jurisprudencia de España...”, *Op.cit.*, pág. 114.

de la situación de la incapacidad permanente, el hecho causante debía coincidir con la fecha de la declaración de la incapacidad permanente que daba lugar a la prestación correspondiente de la Seguridad Social básica. Esta interpretación se realizó hasta el 2000, porque a partir de esa fecha y sólo en caso de las contingencias derivadas de accidente de trabajo, se fija como fecha del hecho causante aquélla en que acontece el accidente de trabajo (STJ de Castilla y León n° 56/2012, de 31 de enero)²⁵⁰. Entonces se puede decir que para determinar cuándo se produce el hecho causante, en primer lugar, hay que acudir a su fuente reguladora (convenio colectivo, contrato laboral...), y en caso de que éste no determine nada al respecto, habrá que acudir a la correspondiente norma reguladora de la prestación de la Seguridad Social²⁵¹.

Es de gran importancia por tanto delimitar los beneficiarios de las mejoras voluntarias y el objeto de las mismas dado que, si se realiza de manera clara y precisa, no se generarán conflictos.

6. REGULACIÓN VIGENTE DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS Y SUS VÍAS DE IMPLANTACIÓN

6.1. REGULACIÓN VIGENTE DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

Conforme el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a personas comprendidas en el sistema, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales. Las formas y condiciones de las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General se recogen en los artículos 238, 239, 240 y 241.

El artículo 43 mencionado, en su segunda parte establece que *“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 objetiva”*.

De este modo, el artículo 238 de la LGSS señala que *“las mejoras voluntarias de la acción protectora de este Régimen General podrán efectuarse a través de: a) mejora directa de las prestaciones. b) establecimiento de*

²⁵⁰ STSJ de Castilla y León, de 31 de enero de 2012, rec. 56/2012.

²⁵¹ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...*, Op.cit., pág. 116.

tipos de cotización adicionales...” mientras que el artículo 239 prevé que “las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Excepcionalmente, y previa aprobación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrá establecerse 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. No obstante, el carácter voluntario para los empresarios de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”.

Por otra parte, el artículo 240 de la LGSS reconoce que *“las empresas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, podrán realizar la mejora de prestaciones a que se refiere el artículo anterior por sí mismas o a través de la Administración de la Seguridad Social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase...”.*

Asimismo, el artículo 241 de la LGSS recoge otro tipo de mejora manifestando que *“El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a instancia de los interesados, podrá aprobar cotizaciones adicionales efectuadas mediante el aumento del tipo de cotización al que se refiere el artículo 145, con destino a la revalorización de las pensiones u otras prestaciones periódicas ya causadas y financiadas con cargo al mismo o para mejorar las futuras”.*

Se puede decir entonces, que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social son fruto de la autonomía privada y se posicionan dentro del Derecho privado, mientras que las prestaciones básicas del sistema de Seguridad Social pertenecen al Derecho público. En consecuencia, serán los instrumentos que los constituyan los que determinen las condiciones, requisitos y elementos que las configuran²⁵².

Sin embargo, el marco legal de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no se limita a la Ley General de la Seguridad Social, sino también hay otras normas tanto estatales como comunitarias que hacen referencia a este tema. En este sentido, existen varias normas de la Unión Europea que afectan y son aplicables a las mejoras voluntarias

²⁵² BODAS MARTÍN, R., “Realidad y futuro de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva”, en. X. Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad, Madrid, 2013, 491-532 <http://www.aesss.org/2013/09/r-bodas-martin-realidad-y-futuro-de-las-mejoras-voluntarias-en-la-negociacion-colectiva/>

y se ocupan sobre todo de asegurar y garantizar para que gocen de la máxima estabilidad.

En primer lugar, la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad, tiene como finalidad *“proteger los derechos de los afiliados a regímenes complementarios de pensión que se desplacen de un Estado miembro a otro, contribuyendo con ello a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Comunidad. Esta protección se refiere a los derechos de pensión en virtud de regímenes complementarios, tanto voluntarios como obligatorios... (artículo 1)”*. Los sujetos protegidos por esta directiva son los partícipes de regímenes complementarios de pensiones y otros posibles beneficiarios de los regímenes y que hayan adquirido o estén en proceso de adquirir derechos complementarios. Con esta directiva entonces, se garantiza el mantenimiento íntegro de los derechos adquiridos tanto por los afiliados como por sus familiares y supervivientes para los que ya no se abonen cotizaciones a un régimen complementario por haberse desplazado a otro estado miembro; además, se garantizará que los regímenes complementarios se paguen en otros Estados miembros, es decir, que se paguen todas las prestaciones que les deban a los beneficiarios; asimismo, se garantizará que las aportaciones que realice un trabajador a un régimen complementario sigan abonándose cuando se encuentre destinado a otro Estado miembro; en último lugar, los trabajadores que se desplacen a otro Estado miembro seguirán teniendo derecho de información sobre sus derechos a pensión por parte de los administradores de los regímenes complementarios²⁵³. Esta directiva fue la primera medida específica dirigida a mejorar el derecho a la libre circulación de los trabajadores en lo que respecta a los regímenes complementarios de pensión.

En segundo lugar, la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas o centros de actividad determina los derechos de los trabajadores a escala de la Unión Europea cuando se produce el traspaso de la empresa o del centro de actividad en que trabajan, así como las obligaciones tanto del cedente como del cesionario.

²⁵³ *Íbid.* pág. 39-40.

En tercer lugar, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación fue una refundición de varias directivas anteriores. Así, su finalidad se centra en garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Para esto, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a acceso al empleo, las condiciones de trabajo y los regímenes profesionales de la seguridad social.

En cuarto lugar, la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, derogó la Directiva 80/987/CEE, y lo que pretende es garantizar la seguridad de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de las empresas que ejerzan sus actividades en varios Estados miembros y consolidar los derechos de los trabajadores asalariados.

En quinto lugar, con el Reglamento (CE) n° 1372/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2013, se modificaron el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y el Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptaron las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004.

Además del ámbito comunitario, existen reglas que deberán respetarse en el ámbito interno. Como se ha comentado anteriormente las mejoras voluntarias de la Seguridad Social deberán acatar los artículos 43, 238, 239, 240 y 241 de la LGSS. Además, el Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, sobre mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social también regula aspectos sobre dichas mejoras. Asimismo, si se externalizan los compromisos de las mejoras voluntarias deberán tenerse en cuenta la normativa sobre planes y fondos de pensiones y de contratos de seguro (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, Ley 11/2006, de 16 de mayo, Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero y la Ley 50/1980, de 8 de octubre). También ha de considerarse el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de 4 de agosto de 2000, donde se sanciona el incumplimiento por parte del empresario del pago de las correspondientes mejoras voluntarias. No obstante, el origen de las mejoras voluntarias procede de la autonomía privada individual o colectiva, por lo que serán los instrumentos que materia-

licen dichas mejoras las que determinen las condiciones y requisitos que los configuran.

6.2. VÍAS DE IMPLANTACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

Basándose en la autonomía colectiva o individual destacan diversas vías de implantación de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Siempre opera el principio de voluntariedad. En este sentido se pueden crear las mejoras voluntarias de la Seguridad Social a través de la negociación colectiva o por decisión unilateral del empresario.

La vía más extendida o común es la primera, esto es, establecer mejoras voluntarias a través del convenio colectivo, estatutario o extraestatutario. El artículo 37.1 de la Constitución establece que *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*. El contenido de la negociación colectiva como se puede observar es amplia y por tanto, los representantes de los trabajadores y empresarios podrán incluir las relativas a la protección social complementaria por afectar directamente a la capacidad laboral²⁵⁴. La autonomía colectiva puede instrumentarse por varias vías: en primer lugar, puede que el convenio colectivo sea estatutario y por lo tanto, obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación como determina el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, el contenido del convenio colectivo es aplicable directamente sobre las relaciones individuales de trabajo sin tener que incorporarse en el contenido de los contratos de trabajo. Además, los contratos individuales de trabajo deben respetar lo regulado en el convenio colectivo y por tanto, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social reconocidas en los convenios colectivos estatutarios no podrán ser renunciadas por el beneficiario; en segundo lugar, los convenios colectivos extraestatutarios también pueden regular la previsión social complementaria, pero su aplicación únicamente será para los trabajadores y empresarios afiliados a los firmantes del convenio y a los que se adhieren a su regulación²⁵⁵. En el siguiente capítulo trataremos los aspectos más relevantes de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social a través de la implantación por vía de negociación colectiva.

Como se mencionaba anteriormente, las mejoras voluntarias de Seguridad Social también pueden crearse a través del contrato de trabajo

²⁵⁴ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 60.

²⁵⁵ *Ibid.* pág. 64-66.

y la voluntad unilateral del empresario. En este caso, la implantación de dichas mejoras se basa en la autonomía individual y, por tanto, las mejoras se incorporan al contrato de trabajo como condición más beneficiosa. Esta condición tiene vigencia mientras que las partes no acuerden otra cosa, por lo que no puede ser suprimida unilateralmente por la empresa. El Tribunal Supremo ha hecho referencia en distintas ocasiones a la condición más beneficiosa y la ha definido como un beneficio adquirido y disfrutado en virtud de la decisión unilateral del empresario que tenga el propósito de incorporarlo en el contrato entre las partes, en virtud de un acto constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho (STS 1234/2001, de 9 de abril)²⁵⁶. Asimismo, el mismo Tribunal estableció unos requisitos imprescindibles para entender cuándo nace la condición más beneficiosa, la voluntad de concesión, la concesión efectiva y la consolidación posterior (STS 15/1997, de 8 de julio)²⁵⁷.

Los compromisos por pensiones que asuman las empresas deben instrumentarse mediante distintos mecanismos como son los contratos de seguro y los planes de pensiones. No se admite por tanto la cobertura de las prestaciones mediante la dotación por el empresario de fondos internos o instrumentos similares que supongan al empresario mantener la titularidad de los recursos. Esta obligación se recoge en la disposición adicional primera de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, de 29 de noviembre de 2002, donde se menciona la protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores. En este sentido se puede observar que *“los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un Plan de Pensiones o de ambos...”*. Con esta disposición se obliga a las partes a constituir un Plan de pensiones, a concertar un seguro o a utilizar una combinación de ambos mecanismos. El objetivo de esta externalización es principalmente evitar la desprotección de los trabajadores en caso de que las empresas hubieran desviado los fondos destinados a las mejoras voluntarias a otros fines o en caso de insolvencia; y permitir la reducción de costes a las empresas²⁵⁸. En definitiva, se trata de garantizar que el patrimonio vinculado al pago de las prestaciones sea independiente del capital de la empresa. La ventaja

²⁵⁶ STS de 9 de abril de 2001, rec. 1234/2001.

²⁵⁷ STS de 8 de julio de 1997, rec. 15/1997.

²⁵⁸ AGUILERA IZQUIERDO R., BARRIOS BAUDOR G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y., *Protección social complementaria...*, *Op.cit.*, pág. 167.

principal de la externalización es que no obliga a hacer reservas ni hace falta provisión y además es garantía para el trabajador al no depender la mejora de la situación económica de la empresa²⁵⁹. ¿Quiénes son las empresas obligadas a externalizar sus compromisos? Según el artículo 5 del Real Decreto 1588/1999, por el que se aprobó el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, *“se considerará empresa a las personas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza, que tengan nacionalidad española, domicilio en territorio nacional o cuyo principal establecimiento o explotación radique en el mismo, así como a las personas físicas, en cuanto asuman con sus trabajadores compromisos por pensiones... Tendrán igualmente esta consideración las comunidades de bienes y demás entidades que, aun carentes de personalidad jurídica, sean susceptibles de asumir con sus trabajadores compromisos por pensiones, así como, con idénticos requisitos, las entidades extranjeras con agencias, sucursales y establecimientos en territorio nacional”*.

Esta obligación de externalización se deriva de la Directiva 98/49/CE, de 29 de junio, sobre protección de los trabajadores en casos de insolvencia del empresario, de la Disposición Adicional primera 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, del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con trabajadores y beneficiarios y de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Además, si no se cumple esta obligación de externalización, se comete una infracción grave según la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto). Además de la sanción administrativa, el artículo 4 del Real Decreto 1588/1999 establece que *“hasta que los mencionados compromisos y prestaciones se integren plenamente en un plan de pensiones, en un contrato de seguro o en ambos, se mantendrá la efectividad de los compromisos por pensiones y el cobro de las prestaciones causadas en los términos estipulados entre la empresa y los trabajadores”*. Una vez se externaliza el compromiso de la empresa, dichas mejoras voluntarias se rigen por la normativa específica del instrumento privado de gestión y la LGSS pasa a segundo plano, adquiriendo ésta un carácter supletorio. Esto es, se limita la responsabilidad del empresario a lo estricta-

²⁵⁹ RODRÍGUEZ HURTADO, J.L., *La voluntariedad en el sistema de protección social. Aseguramiento voluntario público y previsión complementaria...*, Op.cit., pág. 344.

mente recogido en el contrato de seguro o plan de pensiones²⁶⁰. Esta obligación legal de externalización de los compromisos por pensiones se puede gestionar por distintos instrumentos, y para decidir cuál es la manera más adecuada, muchos convenios colectivos estipulan comisiones mixtas para la toma de decisión²⁶¹. Normalmente, el pago y la elección del instrumento que gestionará dichas mejoras lo eligen los empresarios.

Con la entrada en vigor de la Ley 30/1995 y su obligación de externalizar los compromisos de pensiones se generaron dos situaciones: en primer lugar, existían compromisos adquiridos antes de la entrada en vigor de esta obligación; y en segundo lugar, estaban los nuevos compromisos. En estos últimos supuestos, las empresas asumen las obligaciones y responsabilidades pactadas en los contratos de seguro o planes de pensiones a los que se adscriben. Pero respecto de los compromisos ya existentes antes de la entrada en vigor de dicha obligación, se estableció una cláusula de garantía para los trabajadores, manteniendo la efectividad y el cobro de las prestaciones ya causadas y estipuladas entre el empresario y los trabajadores hasta que el empresario cumpliera la obligación de exteriorización. Asimismo, se especificó un plazo de tres años, que posteriormente fue prorrogado para que el empresario procediera a externalizar sus obligaciones a través de un plan de pensiones o contrato de seguro. En general, la exteriorización de los compromisos ya existentes finalizó en 2002.

En numerosas ocasiones han existido conflictos jurídicos sobre la relación que existe entre el empresario y el instrumento concertado para gestionar las pensiones. En consecuencia, los pronunciamientos jurisprudenciales han sido diversos. Por ejemplo, en una Sentencia del Tribunal Supremo se debatía sobre quién es el responsable de la totalidad de la suma asegurada por la incapacidad permanente total. La respuesta del Tribunal Supremo fue la de atribuir la responsabilidad a la compañía aseguradora, por considerar erróneamente que las condiciones generales de su póliza de accidentes corporales cubría el riesgo colectivo o de grupo previsto en el convenio colectivo para la cobertura de riesgos profesionales. En este caso, es un error compartido con la empresa Acerinox, que también suscribió la póliza. Pero el Tribunal considera que la responsabilidad principal es de la aseguradora,

²⁶⁰ ARADILLA MARQUÉS, M.J., "Los instrumentos para la previsión complementaria en la empresa: situación normativa actual", en. *Pensiones sociales. Problemas y Alternativas*, IX.Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Parte II, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pág. 263.

²⁶¹ *Ibid.* pág. 336.

por encontrarse en mejores condiciones para advertir el error por su actividad habitual en el tráfico mercantil del ramo del seguro (STS 1250/1999, de 8 de noviembre)²⁶². Por tanto, es la entidad aseguradora la responsable de la totalidad de la suma asegurada. Los temas que más problemas han generado han sido relacionados con la interpretación de los conceptos de “accidente de trabajo”, “enfermedad profesional” o “invalidez” ya que ello determinará si la mejora voluntaria recogida en el plan de pensiones o en el contrato de seguro cubre o no dicha contingencia. La cuestión está en determinar qué normativa es aplicable, esto es, si es la LGSS o la normativa o legislación de los instrumentos que gestionan. De manera mayoritaria, la respuesta de los tribunales ha sido la de la aplicación de la LGSS²⁶³.

Le corresponde por tanto a la jurisprudencia determinar los criterios que deben utilizarse para solventar problemas interpretativos relacionados con las pensiones cuando las disposiciones de los planes de pensiones o contratos de seguro no son suficientemente claros y explícitos.

7. RECAPITULACIÓN

Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social son un mecanismo de encauzamiento de la protección social complementaria y su objetivo, al igual que el resto de los instrumentos de previsión social es actuar de manera complementaria ante las necesidades del sistema de Seguridad Social. Dichas mejoras se basan principalmente en su voluntariedad, gestión privada y pueden ser individuales o colectivos. La cobertura de dichas mejoras no sólo alcanza al Régimen General de la Seguridad Social sino también al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Como se ha podido apreciar en este capítulo, la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias ha sido un tema muy controvertido. Realmente, creo que la postura de los autores que realizan una interpretación estricta y, en consecuencia, apartan estos mecanismos del sistema de Seguridad Social es la correcta, sobre todo si observamos el propio artículo 41 CE, que divide los dos aspectos (la primera oración de la disposición hace referencia al sistema público de pensiones y, la segunda, hace mención a los sistemas complementarios). En consecuencia, las características de los dos sistemas son completamente distintas.

²⁶² STS de 8 de noviembre de 1999, rec. 1250/1999.

²⁶³ GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág.165.

Las modalidades de las mejoras voluntarias hoy en día pueden ser dos, pero las más habituales son las mejoras directas recogidas en los convenios colectivos posiblemente por ser más sencillos de establecer, dado que su establecimiento se basa en la decisión del empresario y no necesita una autorización previa.

Respecto a los sujetos beneficiarios de las mejoras voluntarias hay que destacar que son los mismos que están regulados en el sistema de Seguridad Social y siempre se deberá respetar el trato igualitario y no discriminatorio a la hora de establecer quiénes son. En cuanto a la determinación de contingencias que cubren las mejoras voluntarias, es necesario acudir al convenio colectivo o póliza que las recoge, y si éstos no son claros, de manera subsidiaria se acudirá al sistema de Seguridad Social. Considero que esta delimitación o precisión en el instrumento que genera la mejora voluntaria es esencial para evitar futuros conflictos. Por lo tanto, las mejoras voluntarias podrán crearse a través de la negociación colectiva, pudiendo ser de carácter estatutario como extraestatutario, o por la decisión unilateral del empresario y en todo caso, externalizándolo como modo de garantía ante la insolvencia del empresario.

En último lugar, es destacable la normativa tan diversa que afecta a estos mecanismos, tanto del ámbito estatal como comunitario. Toda esta normativa deberá ser respetada cuando se establecen las mejoras voluntarias, sea cual sea el instrumento que se utilice para ello. Toda la normativa que afecta a las mejoras voluntarias trata de garantizar los derechos de los trabajadores ante el posible posicionamiento débil frente al empresario.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

La finalidad de este capítulo es analizar las vías de constitución de las mejoras voluntarias, especialmente la vía de la negociación colectiva. En este sentido, se analizarán en primer lugar, las vías de constitución de dichas mejoras resaltando la importancia que tiene la negociación colectiva como instrumento de constitución. En segundo lugar, se realizará un breve estudio de las razones en base a las cuales es idónea la negociación colectiva como instrumento de mejora voluntaria comparado con el resto de las vías. En tercer lugar, pasaremos a analizar cómo afecta la sucesión de los convenios colectivos a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, así como la modificación y la supresión de los compromisos adquiridos mediante las cláusulas de las mejoras voluntarias. Además, se analiza cómo afecta el descuelgue a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. A continuación, se plantea cómo puede afectar la última reforma sobre la ultraactividad a las mejoras colectivas, debido a que con la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se modificó el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores sobre la vigencia de los convenios colectivos. Posteriormente, se analiza la interpretación de las cláusulas sobre las mejoras voluntarias de los convenios colectivos y los problemas que pueden acarrear, y se estudian las consecuencias que conllevan el incumplimiento de las cláusulas que regulan las mejoras voluntarias. Finalmente, se realiza un breve estudio de la regulación tributaria de las mejoras voluntarias, dado que tradicionalmente ha sido una vía de impulso de ellas.

Como se ha constatado en capítulos anteriores, la creación o instrumentación de las mejoras voluntarias puede darse por distintas vías, pero la más común ha sido la de la negociación colectiva.

A través de este capítulo, se quiere dar respuesta entre otros a las razones por las que resulta idónea la negociación colectiva a la hora de

implantar los sistemas complementarios de pensiones. Asimismo, se plantean diversas dudas respecto a qué ocurre con las mejoras voluntarias cuando se produce la sucesión de los convenios colectivos. ¿Se pueden modificar o suprimir los compromisos por pensiones? ¿Cómo afecta la figura de la ultraactividad de los convenios colectivos a las mejoras voluntarias? ¿Cómo deben interpretarse las cláusulas sobre las mejoras voluntarias especialmente ante las contingencias de incapacidad permanente y accidente de trabajo? Por último, teniendo en cuenta que tradicionalmente el impulso a este tipo de sistemas ha venido desde la vía de los impuestos, ¿cuál es la regulación tributaria de estas mejoras voluntarias?

1. VÍAS DE CONSTITUCIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS: LA IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social con el objetivo de mejorar y elevar el nivel de las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social, deben ser costeadas y gestionadas por alguna vía y por ello es importante determinar cuál será ésta.

Como ya se ha podido constatar, las fórmulas son diversas: por ejemplo, hay casos en los que es el empresario el que asume directamente el coste de estos complementos con algunas matizaciones, pero también existen muchos convenios que establecen en sus cláusulas una disposición expresa para formular el aseguramiento²⁶⁴. De hecho, la negociación colectiva es el marco más habitual para instaurar las mejoras voluntarias. Se ha pasado de una inexistente o casi inexistente alusión a la autonomía colectiva en materia de protección social complementaria a considerar como el instrumento idóneo de implantación de los regímenes profesionales²⁶⁵. Sin embargo, la posibilidad de que los empresarios asuman determinados compromisos en las mejoras de pensiones es matizada por la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. En la Disposición Adicional Primera de esta ley se recoge lo siguiente: *“Los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de*

²⁶⁴ REGA RODRÍGUEZ, A.L. “Las mejoras voluntarias pactadas en los convenios colectivos”, en. *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, IX. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pág. 308.

²⁶⁵ MONEREO PÉREZ J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “El espacio de las pensiones privadas: los planes...”, *Op.cit.*, pág. 294.

seguros, incluidos los planes de previsión social empresariales y los seguros colectivos de dependencia, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos. Una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones...En ningún caso resultará admisible la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de éste de la titularidad de los recursos constituidos". Este último precepto garantiza a los trabajadores en supuestos de liquidez o insolvencia del empresario. Con esta disposición se puede observar que el legislador se decanta por la opción de un aseguramiento privado a través de la externalización de la gestión de las pensiones complementarias evitando así que el patrimonio con el que haya que responder sea del empleador²⁶⁶.

La negociación colectiva desempeña un papel importante en el establecimiento de medidas de protección social complementaria, especialmente en las mejoras voluntarias. La capacidad de la negociación colectiva para regular las mejoras voluntarias de la Seguridad Social se contempla en el artículo 37.1. de la Constitución donde se recoge que *"la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios"*. El concepto "laboral" al que hace mención el artículo es muy amplio en el que cabe la protección social complementaria. Además de la Constitución, la LGSS en su artículo 39.2 señala que *"sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto...la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva"*. Asimismo, el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores recoge una disposición amplia que permite incluir las mejoras voluntarias de la Seguridad Social²⁶⁷: *"Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales..."*. Las mejoras voluntarias pueden negociarse por tanto, mediante convenio colectivo estatutario, extraestatutario

²⁶⁶ BIURRUN MANCISIDOR, G., "Pensión de jubilación y negociación colectiva", en. *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, Especial, Universidad del País Vasco, 2003, pág. 55.

²⁶⁷ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 56.

y también mediante acuerdos de empresa²⁶⁸. No obstante, la regulación de las mejoras voluntarias en los convenios colectivos en general se caracteriza por recoger los aspectos generales y no los aspectos accesorios de la voluntad de las partes negociadoras. Es decir, sería conveniente que además de recoger los aspectos principales de forma clara y exacta, las partes negociadoras construyesen el régimen de mejoras voluntarias de forma flexible, teniendo los interesados la última decisión sobre la configuración efectiva de ellas como por ejemplo eligiendo el plan de pensiones o instrumento adecuado para gestionarlas²⁶⁹.

Las mejoras voluntarias pueden ser gestionadas y financiadas por muchos medios como se ha constatado. La empresa puede gestionarlas directamente con las matizaciones observadas o a través de entidades aseguradoras. Algunos convenios colectivos instrumentalizan la gestión a través de Mutualidades de Previsión Social o Fundaciones Laborales, pero no es lo común en los convenios colectivos actuales. Es más habitual ver que los convenios colectivos deriven la gestión de dichas mejoras voluntarias a un contrato de seguro o plan de pensiones. El legislador ha potenciado los planes de pensiones estableciendo un régimen fiscal muy privilegiado y esto hace que cada vez más convenios colectivos incluyan la creación de un plan y un fondo de pensiones²⁷⁰. De las categorías que existen, son interesantes los planes del sistema de empleo dado que se constituyen en el marco de las relaciones laborales. En estos casos, el pago y la elección de la póliza suele ser competencia del empresario, con la participación de sus empleados²⁷¹.

Cada vez están adquiriendo más importancia los mecanismos complementarios de pensiones y más aún con la crisis económica. Por tanto, los agentes sociales deberán tener en cuenta en el futuro que esta vía resulta adecuada para realizar una regulación completa, exhaustiva y autónoma de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social²⁷².

²⁶⁸ BODAS MARTÍN, R., "Realidad y futuro de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva...", *Op.cit.*, pág. 491-532.

²⁶⁹ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C., "La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias...", *Op.cit.*, pág. 315.

²⁷⁰ BIURRUN MANCISIDOR, G., "Pensión de jubilación y negociación colectiva...", *Op.cit.*, pág. 58.

²⁷¹ REGA RODRÍGUEZ, A.L. "Las mejoras voluntarias pactadas en los convenios colectivos...", *Op.cit.*, pág. 308.

²⁷² GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 228.

2. LA IDONEIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DE REGULACIÓN DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

En este punto cabe plantearse por qué el convenio colectivo resulta idóneo para establecer las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, ya que existen diversos instrumentos para gestionar dichas mejoras. La negociación colectiva tiene ciertas ventajas si la comparamos con el resto de las posibles alternativas para instrumentar las mejoras voluntarias^{273 274}.

En primer lugar, la negociación colectiva se basa en el consenso entre las partes, es decir, entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Este carácter consensuado garantiza en mayor medida la efectividad de la regulación y también un equilibrio razonable en la negociación. Asimismo, el carácter negociado del instrumento hace que la normativa se adapte a la realidad al tenerse en cuenta los diferentes intereses y necesidades tanto del empresario como de los trabajadores.

Siguiendo esta última afirmación, en segundo lugar, se considera una ventaja la proximidad del convenio colectivo a la realidad. En este sentido, esa cercanía conlleva una regulación adaptada a la realidad teniendo en cuenta la organización empresarial, las actividades y funciones de la empresa, el número de trabajadores afectados por el convenio, la situación económica en general...El convenio colectivo podrá adaptarse a los distintos intereses.

En tercer lugar, el convenio colectivo garantiza una protección singular y reforzada a los trabajadores frente a otros instrumentos unilaterales o acuerdos individuales. Además, si están recogidos en convenios colectivos estatutarios aún más, debido a que éstos vinculan a todos los trabajadores que estén en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

En cuarto lugar, el convenio colectivo asegura la adaptabilidad de las empresas a los cambios y circunstancias del mercado gracias a su dinamicidad. Esta característica es observable en la limitada vigencia de los convenios colectivos que permiten adaptarse a las circunstancias en las negociaciones posteriores y también en los diferentes mecanismos disponibles para adaptar mientras está vigente el convenio.

²⁷³ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 60-61.

²⁷⁴ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C., "La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias...", *Op.cit.*, pág. 314.

La intervención de la negociación colectiva, sin embargo, también acarrea problemas por diversas razones. En muchas ocasiones, los problemas se derivan de las propias cláusulas de las mejoras voluntarias por no resultar nada claras, pero pueden ser resueltos con una mejor técnica a la hora de regularlas o con la aplicación de criterios normativos y jurisprudenciales²⁷⁵. La limitación temporal corta de los convenios colectivos también puede provocar dificultades, pero éstos podrían ser solucionados o gestionados de mejor manera si se destinasen instrumentos específicos de negociación para las mejoras voluntarias de la Seguridad Social separándolos de otras materias negociables en el convenio colectivo, como ocurre en otros países. Sin embargo, en España aún sigue siendo una materia que se negocia en el marco del convenio colectivo junto a otras materias. La ventaja principal de negociar de forma separada las mejoras voluntarias de la Seguridad Social se traduciría en dar una mejor respuesta a las necesidades de las mismas. Dichas mejoras necesitan una estabilidad, seguridad y permanencia para garantizar la finalidad previsoras por la que se crean. Las mejoras voluntarias se caracterizan por su naturaleza de permanencia y las partes podrían pactar una larga vigencia del convenio colectivo o incluso celebrarlo por tiempo indefinido, aunque no sería factible con las cláusulas relacionadas con el salario o jornada, dado que son materias afectadas por constantes modificaciones. Por lo tanto, lo adecuado sería negociar las distintas materias de modo separado, basándose en el criterio que establece el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores donde se permite *“a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio”*^{276 277}.

Tras observar los puntos débiles y fuertes de la utilización de la negociación colectiva para la regulación de las mejoras voluntarias cabe añadir que se plantean algunos problemas, pero también existen recursos para resolverlos. En términos generales se puede decir que son más las ventajas que los inconvenientes de la negociación colectiva para regular dicha materia. También quedó constancia de ello en el punto A.14 del Pacto de Toledo donde se recogía lo siguiente: *“La Comisión considera también la negociación colectiva como vía estratégi-*

²⁷⁵ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 61.

²⁷⁶ *Ibid.*, pág. 61-63.

²⁷⁷ BODAS MARTÍN, R., “Realidad y futuro de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva...”, *Op.cit.*, pág. 491-532.

ca de extensión de la previsión empresarial, de manera compatible con las circunstancias particulares de cada empresa, teniendo en cuenta las características de nuestro tejido empresarial, compuesto en gran medida por pequeñas y medianas empresas y empresarios individuales. La Comisión considera que se debe facilitar a este tipo de empresas y a sus trabajadores la posibilidad de participar en planes de pensiones de promoción conjunta y seguros colectivos, con sistemas sencillos y flexibles, que generen economías de escala y reduzcan los costes de gestión y administración...”.

3. LA SUCESIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS EN MATERIA DE MEJORAS VOLUNTARIAS

Las funciones que desarrolla la negociación colectiva suponen que el convenio colectivo sea un instrumento de una vigencia determinada que permita amoldarse y adecuarse a las cambiantes circunstancias económico-sociales que surjan. Así lo ha constatado la doctrina cuando menciona que la temporalidad del convenio colectivo “*constituye así una garantía de eficacia para su función específica de regulación y ordenación de las relaciones laborales, facilitando su adaptación a las cambiantes circunstancias en las que se desarrolla la actividad productiva-la negociación colectiva como sistema flexible de trabajo a los cambios económicos, sociales y organizativos*”²⁷⁸. Esta característica lo observamos en la práctica en la totalidad de los convenios colectivos, dado que establecen una duración determinada breve para así poder adaptarse a las circunstancias cambiantes. Esta adaptabilidad y dinamicidad se observa principalmente en materias vinculadas a la organización de la empresa. En cambio, las condiciones de trabajo y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social exigen cierta estabilidad y previsibilidad para que el trabajador pueda desarrollar otras facetas de su vida, como es la vida familiar, formación, desarrollo personal...²⁷⁹.

La consecuencia inmediata de esta característica temporal es el encadenamiento de los convenios colectivos y, por tanto, la sucesión de los convenios colectivos sustituyendo, revisando y modificando las cláusulas recogidas en ellos. Como norma general se aplica el artículo 82.4 del ET donde se reconoce el principio de modernidad reconociendo

²⁷⁸ MARTÍN PUEBLA, E., “La dimensión temporal del convenio colectivo” en. *Estudios sobre negociación y convenios colectivos: Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*, 2003, pág. 354.

²⁷⁹ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, Op.cit, pág. 67.

que “*el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio*”. Siguiendo esta norma y aplicándolo a las mejoras voluntarias significaría que se deroga lo establecido en el convenio colectivo anterior y a partir de ese momento se aplicarían las cláusulas reguladas por el nuevo convenio colectivo aun siendo menos favorables que el anterior. Esto es, en una primera lectura podemos pensar que las mejoras voluntarias tendrán validez hasta la pérdida total de vigencia del convenio colectivo que las contiene²⁸⁰. No obstante, si observamos el artículo 239 de la Ley General de la Seguridad Social éste establece que “*...el carácter voluntario para los empresarios de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento*”. Podemos pensar que este artículo contradice el principio de modernidad. Sin embargo, cuando nos referimos a las mejoras voluntarias tenemos que diferenciar entre dos situaciones, esto es, cuando estamos ante mejoras voluntarias adquiridas y cuando nos encontramos ante meras expectativas. En este sentido, sólo es posible hablar de derecho adquirido cuando el beneficio concedido ha comenzado a ejercitarse de manera efectiva, puesto que, si no es así, consistirá en una mera expectativa²⁸¹. Según SUÁREZ CORUJO, “*son derechos causados o adquiridos cuando se han cumplido los requisitos necesarios para su disfrute, entre ellos, fundamentalmente, la concurrencia de alguna de las situaciones de necesidad previstas por el régimen de mejora, esto es, el acaecimiento del hecho causante, y que ello se haya producido durante la vigencia del convenio colectivo; sólo a partir de ese momento puede considerarse que los derechos se integran en la esfera patrimonial de los beneficiarios*”²⁸². Así, si se trata de una mejora de carácter prestacional no periódica y no se hubiese causado aún derecho por parte del trabajador, cabe la posibilidad de modificar o suprimir las cláusulas de mejoras voluntarias a través de los artículos mencionados

²⁸⁰ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro...Op.cit.*, pág. 269.

²⁸¹ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., “Protección social y negociación colectiva”, en. *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Monografías jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 285-286.

²⁸² SUÁREZ CORUJO, B., “Límites a la acción de la autonomía colectiva en la modificación de compromisos por pensiones de origen convencional instrumentados a través de contratos de seguro colectivo”, en. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N°44, Seguridad Social, Madrid, 2003, pág. 85.

anteriormente. Por tanto, si el nuevo convenio colectivo no contempla las mejoras voluntarias recogidas por el convenio colectivo anterior, las expectativas que éstas hubiesen creado en los trabajadores desaparecerían²⁸³. En estos supuestos, entonces, se aplica el principio de modernidad, es decir, el convenio colectivo posterior sustituye al anterior, a no ser que se exprese lo contrario. Este convenio colectivo posterior puede recoger dichas mejoras, disminuirlas o no recogerlas. Es lo que ocurrió por ejemplo en un caso que resolvió el Tribunal Supremo donde la empresa Bridgestone-Firestone Hispania, S.A. reconocía unas mejoras voluntarias a sus trabajadores que se suprimían por un convenio colectivo posterior. El Tribunal en este caso consideró que el principio de modernidad del Convenio permitía al posterior dejar sin efecto, alterar o modificar las mejoras de las prestaciones acordadas en el anterior pacto. Así, constató que el origen real de las mejoras de la acción protectora fueron los convenios colectivos, sustituidas luego por una capitalización de las mismas en el convenio posterior. Por lo tanto, se pronunció destacando que el cambio se produjo por una norma de igual rango y ámbito que la propia de su reconocimiento, y entonces, la disminución del beneficio fue posible en base al artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores (STS 902/2005, de 30 de marzo)²⁸⁴.

Sin embargo, si nos encontramos ante prestaciones periódicas ya causadas o en curso de disfrute (por ejemplo, la prestación de incapacidad o la pensión por jubilación), nos encontramos ante derechos adquiridos y no ante meras expectativas. Asimismo, surgen dudas respecto a los trabajadores que ya no están en activo por jubilación o cese de empresa. Para dar respuesta a estas cuestiones debemos volver al artículo 239 de la LGSS donde se establece que no podrá ser anulada o disminuida la mejora voluntaria, si no es de acuerdo con la norma que regula su reconocimiento, esto es, se podrá anular o absorber una mejora voluntaria únicamente cuando el propio convenio que lo estableció lo prevea expresamente^{285 286}. De este precepto se realizan dos interpretaciones: por un lado, hay quienes defienden que la propia regulación de la mejora tiene que contemplar la posibilidad de modificación o

²⁸³ GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 242.

²⁸⁴ STS de 30 de marzo de 2005, rec.902/2005.

²⁸⁵ GALLARDO MOYA, R., "Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva...", *Op.cit.*, pág. 486-487.

²⁸⁶ VALDÉS DAL-RE, F., "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en la negociación colectiva concesiva: los términos de un debate", *en. Revista de Relaciones Laborales*, nº 4, 2000, pág. 37-50.

anulación, esto es, que el convenio colectivo que estableció dicha mejora debe recoger expresamente la posibilidad de modificación y su procedimiento; y por otro lado, hay quienes interpretan este precepto en un sentido más amplio, porque creen que la fuente modificadora debe ser del mismo rango que la que estableció la mejora voluntaria²⁸⁷. Esta última interpretación alternativa la planteó VALDÉS DAL-RE cuando mencionó que es “...un principio de correspondencia entre la fuente constitutiva y la fuente de modificación y así para que la mejora pueda ser modificada o suprimida se requiere una norma al menos del mismo rango que aquella que la estableció inicialmente”²⁸⁸. Al hilo de este debate se pronunció el Tribunal Supremo, en el caso de la empresa Sociedad Española de Fabricaciones Nitrogenadas, SA (SEFANITRO). En este litigio, la empresa había llegado al acuerdo de abonar a los trabajadores prejubilados una pensión complementaria anual de carácter vitalicio que posteriormente cesó a causa del cambio sustancial de las condiciones existentes en aquel momento en la empresa. El problema central fue la posibilidad de introducir mediante acuerdos colectivos modificaciones que reduzcan o eliminen derechos ya causados por los beneficiarios a las prestaciones de Seguridad Social complementaria, cuando esos acuerdos tenían reconocida eficacia general y los mismos afectaban a personas que por su condición de pensionistas no tenían la condición de trabajadores al servicio de la empresa. El Tribunal argumentó que no es necesario que el pacto que haya instaurado el derecho cuestionado establezca el procedimiento a seguir para su modificación o supresión, dado que la conservación y el respeto de los derechos está condicionado por la voluntad de los negociadores (STS 5067/2003, de 16 de julio)²⁸⁹. Por lo tanto, siguiendo esta interpretación amplia de la doctrina, los derechos reconocidos en el convenio colectivo, si no existe disposición o pacto en contrario, pueden perder eficacia, incluso durante la vigencia del convenio que los reconoció, si así se pacta colectivamente con posterioridad. Esta interpretación puede resultar peligrosa para la garantía de los pensionistas, ya que estas personas se encuentran con la pérdida de capacidad de ganancia al no tener un salario a cambio del trabajo y, además, con la eliminación o modificación de dichas mejoras voluntarias no obtendrían rentas de sustitución

²⁸⁷ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro...* Op.cit., pág. 271.

²⁸⁸ Citado por VALDÉS DAL-RE, F., en. SUÁREZ CORUJO, B., “Límites a la acción de la autonomía colectiva en la modificación de compromisos por pensiones de origen convencional instrumentados a través de contratos de seguro colectivo...”, Op.cit., pág. 87.

²⁸⁹ STS de 16 de julio de 2003, rec.5067/2003.

adecuadas. Por lo tanto, lo conveniente en estos casos sería realizar una interpretación estricta, estableciendo como requisito indispensable que la causa de supresión o reducción invocada esté contemplada en la propia norma de establecimiento, y que no puedan depender únicamente de la coyuntura económica de la empresa. En resumen, para suprimir o reducir una prestación ya causada no es suficiente que la norma de supresión tenga el mismo rango que la norma de establecimiento, sino que la causa de supresión o reducción alegada deberá estar recogida en la propia norma de establecimiento. Siendo así, el pensionista cuenta con una seguridad jurídica y evita en cierto modo, que se encuentre en una situación precaria.

¿Qué ocurre con los trabajadores que ya no están en activo por jubilación o por cese de empresa? La jurisprudencia no ha sido clara en este aspecto ya que se ha pronunciado en un sentido como en otro en varias ocasiones²⁹⁰. Así, el Tribunal Supremo reconoció que las condiciones establecidas en convenio no son irreversibles, y que quienes están legitimados para pactar ventajas sociales para la etapa de jubilación o del retiro deben estarlo también para adaptarlas o modificarlas, siempre que no se trate al grupo de pensionistas y jubilados de manera discriminatoria o que la reducción suponga desproporcionada con el de los trabajadores en activo (STS 3283/2000, de 17 de abril)²⁹¹. El mismo Tribunal interpretó que como los pensionistas estuvieron representados en el momento de aprobarse la norma de establecimiento, lo siguen estando cuando se negocia la norma de reducción o supresión porque lo importante es la representación existente en el momento en que se realiza el negocio jurídico en cuestión, y es evidente que en ese momento ni los órganos de representación unitaria ni los sindicatos representan a los pensionistas. Sin embargo, sigue mencionando que como éstos pueden pertenecer a los sindicatos, ha de estimarse representados por ellos (STS 5067/2003, de 16 de julio)²⁹². En este apartado también debemos recordar un auto del Tribunal Supremo del 12 de abril de 2018²⁹³, donde un beneficiario de la jubilación anticipada solicita que se le reconozcan diversas mejoras voluntarias ligadas a su acceso a la pensión de jubilación. El extrabajador había sido despedido en el 2006, y se le deniegan dichas mejoras básicamente por dos razones: por un lado, el plan de beneficios voluntarios del año 1989

²⁹⁰ GALA DURÁN C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...*, *Op.cit.*, pág. 246-248.

²⁹¹ STS de 17 de abril de 2000, rec. 3283/2000.

²⁹² STS de 16 de julio de 2003, rec. 5067/2003.

²⁹³ Auto del TS de 12 de abril de 2018, núm. 3536/2017.

condicionaba el reconocimiento de las diversas mejoras voluntarias a la condición de trabajador activo en el momento de acceso a la jubilación (año 2014), requisito que no cumplía el solicitante por haber sido despedido en el 2006; y por otro lado, el plan de beneficios voluntarios fue suprimido en 2009 en el marco de una modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo pactada con la representación de los trabajadores, y en el año 2009 el demandante no había accedido todavía a la jubilación, no pudiendo alegar una aplicación retroactiva y perjudicial del acuerdo de empresa de supresión del plan de beneficios voluntarios.

En este apartado también hay que analizar qué ocurre y qué efectos tiene la transmisión de empresas reconocida en el artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores en el régimen de las mejoras voluntarias donde se recoge lo siguiente: *“Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”*. Este precepto sólo incluye a *“los trabajadores transferidos, pero no a los trabajadores de la empresa cesionaria ni a los nuevos trabajadores contratados tras la sucesión empresarial, ya que nunca estuvieron incluidos en el ámbito de aplicación del convenio de la empresa cedente, razón por la cual no puede apreciarse la existencia de una desigualdad de trato*²⁹⁴.

Esta regulación nacional se encuentra condicionada por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, del Consejo, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad. Tanto en el ámbito comunitario como nacional se pretende garantizar la protección de los trabajadores afectados forzando al empresario cesionario a asumir las relaciones laborales existentes al tiempo de la transmisión, quedando subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Así se puede constatar en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores

²⁹⁴ ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Nuevos problemas interpretativos en torno a la afectación de la eficacia general y vigencia del convenio colectivo en los casos de sucesión de empresa”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 41, 2016, pág. 80-81.

mencionado que expresa que “*el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente*”. Esta misma idea se recoge en el artículo 3.1 de la Directiva mencionada: “*Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso*”. Teniendo en cuenta la normativa comunitaria, los Estados miembros son libres de tomar la decisión que consideren más oportuna respecto a las mejoras voluntarias, pero siempre se deberán proteger los intereses de los trabajadores y ex trabajadores de la empresa cedente en cuanto a los derechos adquiridos o en curso de adquisición²⁹⁵. Considerando tanto la regulación nacional como comunitaria, se puede afirmar que los derechos y obligaciones relativas a las mejoras voluntarias de Seguridad Social quedan incluidos en la garantía subrogatoria y, en consecuencia, deben ser asumidos por el empresario cesionario. En este tema la jurisprudencia se ha pronunciado recientemente, a través de una sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, donde se resolvía el litigio entre la empresa IBM, IGS, y CONCENTRIX SERVICES SPAIN S.L.U y varios de sus trabajadores. La empresa IBM, que más adelante se denominó IGS, reconocía un “Plan de Beneficios Voluntarios” (Plan Tradicional) a su personal fijo que llevase más de 10 años en la empresa. Este plan se modificó por el Plan Alternativo en 1993 y en 2002 se incorporó un acuerdo donde se concretaban y complementaban lo dispuesto en el Libro de Beneficios Voluntarios. El plan alternativo se declaró nulo y en consecuencia, se declaraba la recuperación de todos los derechos establecidos en el Plan Tradicional. En 2014, CONCENTRIX SERVICES SPAIN S.L.U. quedó subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de IBM, incluyendo los compromisos de pensiones basándose en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. La controversia se centra en la falta

²⁹⁵ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 95.

de reconocimiento a los demandantes de su inclusión en el Plan Tradicional que incide en los derechos de los trabajadores, pues los derechos recogidos en ese plan son diferentes a los recogidos en el Plan Alternativo y tras la subrogación, la empresa CONCENTRIX ha mantenido a los actores en el Plan Alternativo. Según el Tribunal, la subrogación nace con posterioridad a la recuperación de los derechos establecidos en el Plan Tradicional, entonces, al estar ante obligaciones surgidas con anterioridad a la transmisión, la responsabilidad se extiende a la empresa sucesora (STSJ de Madrid nº 959/2016, de 10 de noviembre)²⁹⁶.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la normativa mencionada podemos encontrarnos con varias hipótesis. En primer lugar, puede que el convenio colectivo de la empresa transmitente se encuentre en fase de prórroga y en consecuencia seguirá operando con la nueva empresa hasta su extinción. En segundo lugar, el convenio colectivo de la empresa transmitente puede encontrarse en fase de ultraactividad y entonces la empresa cesionaria queda obligada a mantener los derechos y obligaciones reconocidos en el convenio hasta que se apruebe otro en la segunda empresa. En este segundo caso, se dispone que *“las modificaciones introducidas en el derecho español en materia de ultraactividad, cuando se relacionan con los supuestos de sucesión, transmisión de empresa, deben ser interpretadas de conformidad con lo dispuesto en el derecho comunitario, concretamente en la Directiva sobre el mantenimiento de derechos de los trabajadores en casos de traspaso de empresa. Y, por ende, una vez constatada la diversidad de fuentes de regulación que pueden estar presentes, hay que sostener que en cualquier caso debe ser respetado el límite imperativo impuesto por la normativa comunitaria, el mantenimiento, al menos, durante un año de las condiciones de trabajo que los empleados transmitidos disfrutaban en la empresa cedente. Por lo tanto, tras una sucesión o transmisión de empresa, si el convenio colectivo de la entidad cedente se encuentra en fase de ultraactividad, no será admisible una cláusula convencional que permita un período de ultraactividad inferior al año”*²⁹⁷.

En definitiva, el principio de modernidad de los convenios colectivos es aplicable a las expectativas creadas, pero no en cambio para los derechos causados, debido a que supondrían una pérdida de derechos ya adquiridos. Por tanto, en estos últimos, creo que es conveniente

²⁹⁶ STSJ de Madrid de 10 de noviembre de 2016, rec. 959/2016.

²⁹⁷ FERRADANS CARAMÉS, C., “La ultraactividad del convenio colectivo en la transmisión de empresa”, en. *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*, XXV. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

hacer una interpretación estricta como lo ha realizado un sector de la doctrina, considerando necesario que la norma que reguló la mejora lo modifique o suprima. Así lo indica expresamente además el artículo 239 de la LGSS cuando establece que el derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento. En este sentido, la interpretación amplia que hizo el Tribunal Supremo en la sentencia nº 5067/2003, no creo que sea la más adecuada por no considerarse garante para los beneficiarios de las mejoras voluntarias, incluso por ser perjudiciales, por lo que supone esa pérdida de derechos y la libre disposición del empresario de modificar o suprimir derechos causados apoyándose en el razonamiento de la coyuntura económica. No obstante, estoy de acuerdo con la interpretación realizada por el mismo Tribunal sobre la participación de los pensionistas en el momento de modificación o adaptación de las mejoras voluntarias que las aprobaron o pactaron en su momento.

4. LA MODIFICACIÓN Y SUPRESIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES

La posibilidad de modificación y supresión de las mejoras voluntarias es una cuestión controvertida, debido a que nos planteamos si las mejoras voluntarias de la Seguridad Social otorgadas por vía convenio colectivo pueden ser modificadas o eliminadas por otro instrumento posterior.

Cuando hacemos referencia a la modificación y supresión de los compromisos por pensiones tenemos que distinguir las distintas posibilidades que existen para llevarlas a cabo²⁹⁸.

En primer lugar, nos encontramos con el instrumento de la sucesión de los convenios colectivos como vía de modificación y supresión de las mejoras voluntarias. Como se ha podido observar en el apartado anterior, según el artículo 239 de la LGSS, los derechos causados no podrán ser anulados o disminuidos si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento. Por lo tanto, si la mejora voluntaria se reguló a través de convenio colectivo no sería posible la modificación unilateral. En este supuesto debemos remitirnos a la distinción comentada anteriormente sobre si nos encontramos ante prestaciones no periódicas o por el contrario, ante prestaciones periódicas ya causadas. En el primer caso, si el nuevo convenio colectivo no contempla las mejoras reconocidas por el convenio anterior y no realiza una declara-

²⁹⁸ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., "Protección social y negociación colectiva...", *Op.cit.*, pág. 289-301.

ción expresa manteniéndolas, las expectativas decaerían. Sin embargo, en el segundo supuesto, es decir, en los derechos adquiridos y no en las meras expectativas surgen distintas posturas como se ha explicado en el punto anterior, y también se generaron dudas en los supuestos de los ex trabajadores. En este sentido, cabe preguntarse sobre el rango de la norma que modifica las mejoras voluntarias, ya que éstas, si ya fueron causadas, únicamente podrán ser modificadas por normas del mismo rango. Por lo tanto podemos diferenciar varios supuestos: en primer lugar, si la mejora fue creada por un convenio colectivo estatutario, la modificación de la misma debe llevarse a cabo a través de otro convenio colectivo estatutario; en segundo lugar, si la mejora voluntaria se creó mediante un acuerdo entre el empresario y representantes de los trabajadores en un expediente de regulación de empleo o concursal, la modificación de dicha mejora debe realizarse vía convenio colectivo estatutario o acuerdo colectivo equivalente; en tercer y último lugar, si la mejora voluntaria fue reconocida por un convenio colectivo extraestatutario, podrá ser modificada dicha mejora a través de un convenio colectivo estatutario o por un convenio que al menos recoja a todos los trabajadores afectados por el anterior convenio²⁹⁹.

En segundo lugar, se plantea la posibilidad de modificar o suprimir las mejoras voluntarias utilizando la cláusula “rebús sic stantibus”. De hecho, el Tribunal Supremo ha aplicado esta cláusula en varias ocasiones, como por ejemplo en un litigio donde se planteaba si una empresa debía seguir pagando el complemento de una mejora que se concedía unilateralmente después de aprobarse el Real Decreto-ley 5/1992, donde se recogía el pago de los primeros días de la incapacidad laboral. El Tribunal Supremo permitió la aplicación del principio “rebús sic stantibus” basándose en que la mejora reconocida tenía como condicionamiento el que la Seguridad Social abonase parte del subsidio y así la mejora completaba una obligación principal de pago de aquel por la Seguridad Social. Al producirse la modificación, cambiaron sustancialmente las condiciones en que la mejora se concedió y, por tanto, argumentó que se había roto el equilibrio contractual tenido en cuenta en el tiempo de su concesión (STS 3338/1993, de 4 de julio)³⁰⁰. En consecuencia y según el Tribunal Supremo, una reforma legal de la prestación básica puede entenderse como una alteración o cambio sustancial de las condiciones conforme a las que se suscribió la mejora en el convenio colectivo. De esta manera, será necesaria la delimitación de

²⁹⁹ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro...Op.cit.*, pág. 274-277.

³⁰⁰ STS de 4 de julio de 1993, rec. 3338/1993.

qué se entiende por circunstancias nuevas e imprevistas o cambio absoluto y radical de las circunstancias, porque dependerá de ello la posibilidad de aplicar o no la cláusula “rebus sic stantibus”. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el tema de la siguiente manera: *“es posible reclamar una alteración del convenio en aquellos casos en los que se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la llamada cláusula rebús sic stantibus quien alegue y acredite que una Ley, dictada vigente el convenio colectivo, provoca el mencionado cambio, absoluto y radical de las circunstancias, podría pedir la rescisión del convenio...”*³⁰¹. Por lo tanto, además del cambio legislativo, será necesario que el perjudicado aporte datos adicionales que prueben la existencia de una alteración extraordinaria sobre la situación normativa existente. La aceptación de la cláusula “rebús sic stantibus” se limita a los siguientes requisitos: *“1) que se produzca un cambio de las circunstancias contempladas por las partes en el momento de la negociación; 2) La imprevisibilidad respecto de los acontecimientos posteriores, determinantes de dichas alteraciones; 3) que las variaciones provoquen una desmesurada descompensación entre las prestaciones y contraprestaciones de ambos contratantes”*³⁰².

En tercer lugar, cabe la posibilidad de plantear la modificación o supresión de las prestaciones por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Esta vía genera dos situaciones distintas, esto es, cuando estamos ante las mejoras voluntarias de los trabajadores en activo y cuando estamos ante las mejoras voluntarias de los ex trabajadores. En el supuesto de los primeros, será posible hacer uso de esta vía siempre y cuando la empresa fundamente su decisión en causas probadas, esto es, deberá probar razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Así se constataba en el voto particular de la sentencia nº 3338/1993 del Tribunal Supremo: *“en el ordenamiento laboral la modificación de las condiciones sustanciales del contrato está además sometida al régimen específico del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en el que pueden incluirse las alteraciones de la base del negocio que generen una ruptura grave del equilibrio de las prestaciones. La empresa recurrente alega la cláusula “rebús sic stantibus” pero no ha aportado la relación fáctica por el cauce adecuado ningún dato que permita establecer la existencia de una alteración extraordinaria sobre la situación existente en el momento de la asunción de la obligación, que*

³⁰¹ TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Fundación Mapfre Estudios, Colección Estudios y Monografías, Madrid, 1996, pág. 92.

³⁰² ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro...Op.cit.*, pág. 283.

produzca una desproporción inusitada o exorbitante de las prestaciones con quiebra del equilibrio contractual, y que todo ello acontezca por haber sobrevenido circunstancias radicalmente imprevisibles...". En cambio, no pueden modificarse o suprimirse las mejoras a través de esta vía en el caso de los ex trabajadores de la empresa, ya que el artículo 41 está vinculado con la relación de trabajo.

En cuarto lugar, no debemos olvidar qué ocurre con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en caso de producirse el descuelgue del convenio colectivo en el que se recogen. Con la reforma del Estatuto de los Trabajadores introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, se dio una nueva redacción al artículo 82, concretamente en su tercer párrafo, reconociendo lo siguiente: *"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. Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.1, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguiente materias:*

- a) Jornada de trabajo.*
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.*
- c) Régimen de trabajo a turnos.*
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.*
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.*
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley.*
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.*

Posteriormente, el mismo artículo define cuándo se entiende que concurren las causas económicas, causas técnicas, organizativas o de producción. Como se puede observar, el artículo recoge una lista taxativa que no puede ser alterada por la negociación colectiva. La lista es bastante extensa y además todas las causas tienen un peso específico en la adaptabilidad de las condiciones laborales y la estructura de la empresa. No obstante, quedan fuera muchas materias como, por ejemplo, la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y

laboral...³⁰³. Esta inaplicación puede ser llevada a cabo tanto en los convenios colectivos de sector como de empresa y no importa cuántos trabajadores se vean implicados. En esta nueva regulación se añaden las mejoras voluntarias, que no habían sido contempladas en la regulación precedente, con la finalidad de combatir el absentismo laboral. Por tanto, se consideran “condiciones de trabajo” y pueden inaplicarse sea cual fuere el ámbito del convenio colectivo estatutario que las instauró, lo que introduce una nueva fórmula que afecta a la pervivencia en el tiempo de mejoras voluntarias causadas o futuras con independencia de su período de aplicación³⁰⁴. El procedimiento para poder llevar a cabo el descuelgue debe iniciarse con un periodo de consultas con los trabajadores y a estos efectos el empresario debe notificar a los representantes de los trabajadores su propósito de descolgarse de las condiciones del convenio colectivo de aplicación, el alcance de las medidas y las causas que lo justifiquen. Asimismo, deberá indicar la fecha de iniciación del período de consultas. En el período de las negociaciones debe respetarse el principio de buena fe y las partes deben ofrecer información suficiente sobre la medida a adoptar y sus motivos. Este período de negociaciones entre las partes puede finalizar con o sin acuerdo y una vez finalizado esta fase, la empresa debe notificar a los trabajadores afectados de forma individual con un preaviso de siete días. En definitiva, con estas medidas el legislador ha perseguido el propósito de que la negociación colectiva, no sea un obstáculo, sino que sea un instrumento para adaptar las condiciones laborales a las necesidades de la empresa garantizando su viabilidad.

En resumen, en los dos párrafos anteriores nos hemos centrado en los dos mecanismos que el Estatuto de los Trabajadores reconoce al empresario para evitar la aplicación de ciertas condiciones de trabajo cuando las circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción por las que atraviesa la empresa así lo requieren. Por un lado, la modificación sustancial de condiciones de trabajo que permite a los empresarios llevar a cabo cambios sustanciales en condiciones reconocidas a los trabajadores por contrato de trabajo, por acuerdos o pactos colectivos o en las disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario. Por otro lado, la inaplicación de condiciones de trabajo, esto es, el descuelgue, supone que, por acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, se

³⁰³ SANGUINETI RAYMOND, W., “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 39, 2014, pág. 7.

³⁰⁴ BODAS MARTÍN, R., “Realidad y futuro de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva...”, *Op.cit.*

proceda a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable. Aunque el objetivo de los dos mecanismos parece similar, existen ciertas diferencias: en primer lugar, la lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta mientras que el descuelgue únicamente es aplicable a las materias recogidas en la lista, que es por tanto, una lista cerrada; en segundo lugar, el empresario debe acudir al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando esas condiciones se encuentran reconocidas en un contrato de trabajo, acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario, mientras que deberá acudir al descuelgue cuando las condiciones de trabajo que se pretenden inaplicar estén reconocidas en un convenio colectivo; en tercer lugar, la última decisión en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo pertenece al empresario, mientras que en el descuelgue no puede finalizar el procedimiento con la decisión unilateral del empresario, ya que deben ser resultado de las negociaciones de las partes³⁰⁵.

Si nos centramos en los datos estadísticos facilitados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social sobre la inaplicación de los convenios y el número de trabajadores afectados por ello, es destacable el descenso que se ha producido sobre años anteriores, como podemos observar en la siguiente tabla:

Figura 2. Datos estadísticos de inaplicación de convenios y trabajadores afectados

AÑO DE DEPÓSITO	INAPLICACIONES DE CONVENIOS	TRABAJADORES
2012 (marzo-diciembre)	748	29.352
2013	2.512	159.550
2014	2.073	66.203
2015	1.437	43.173
2016	1.326	32.064
2017	1.076	23.625
2018 (enero-noviembre)	913	19.162

Fuente: <http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>

Observando los datos más recientes, en los meses de enero a noviembre de 2018, han sido 913 convenios colectivos inaplicados que han

³⁰⁵ SEMPERE NAVARRO, A. y MENÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Ed. Francis Lefebvre, 2014, pág. 19-21.

afectado 19.162 trabajadores. Al comparar la evaluación de las inaplicaciones con el mismo periodo del año anterior, se observa que se han depositado 106 inaplicaciones menos, lo que supone un descenso del 10,4%. Como ya hemos comentado anteriormente, el legislador estableció una lista cerrada de las condiciones que podrían resultar objeto de la inaplicación. En el siguiente gráfico se puede ver el desglose de las condiciones inaplicadas en el período de enero a noviembre de 2018:

Figura 3. Gráfico sobre inaplicaciones de convenios por condiciones de trabajo inaplicados (enero-noviembre 2018)



Fuente: http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/cct/cct18novav/Resumen_resultados_CCT_noviembre-18.pdf

Como se observa en este gráfico, la inaplicación de las cláusulas de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social en el período enero-noviembre 2018, ha sido escasa, comparando con la inaplicación de las cláusulas respecto a la cuantía salarial que asciende a 531 convenios, de los 913 de la totalidad.

Como bien se sabe las mejoras voluntarias también pueden instrumentarse vía externalización. Para esto, existen diferentes mecanismos como por ejemplo los planes y fondos de pensiones o los contratos de seguro. Cuando dichas mejoras se instrumentalizan por estos medios también cabe preguntarse cómo se modifican o suprimen los compromisos por pensiones.

En el primer supuesto, es decir, cuando los compromisos por pensiones se instrumentan a través de un plan de pensiones, la Ley de

Regulación de Planes y Fondos de Pensiones establece en su artículo 6.1.i) que *“los planes de pensiones deberán precisar, necesariamente, los requisitos para la modificación del plan y procedimientos a seguir para la adopción de acuerdos al respecto”*. Siguiendo la misma norma, podemos observar una disposición respecto a las modificaciones en el artículo 6.3 que establece lo siguiente: *“la modificación de las especificaciones de los planes de pensiones del sistema asociado y de empleo se podrá realizar mediante los procedimientos y acuerdos previstos en aquéllas. El acuerdo de modificación podrá ser adoptado por la comisión de control del plan con el régimen de mayorías establecidos en las especificaciones. No obstante, en los planes de pensiones del sistema de empleo las especificaciones podrán prever que la modificación del régimen de prestaciones y aportaciones o cualesquiera otros extremos, y en su caso la consiguiente adaptación de la base técnica, pueda ser acordada, conforme a lo previsto en esta norma, mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores...”*. Por lo tanto, el legislador reconoce dos vías para la modificación del plan de pensiones, esto es, a través de la comisión de control o el acuerdo de empresa³⁰⁶. Se pronunció en este sentido también el Tribunal Supremo, razonando que el Plan aun siendo de empleo, se rige por sus propias especificaciones y no por la regulación laboral. Esto es así porque al externalizarse, la mejora de prestaciones deja de ser una condición de trabajo y pasa a constituir el objeto de otro contrato distinto (STS 19/2015, de 18 de noviembre)³⁰⁷.

En el segundo supuesto, esto es, cuando los compromisos por pensiones se instrumentan mediante un contrato de seguro y una vez causados los derechos a las pensiones, la empresa se convierte en un tercero, porque la relación surge entre el pensionista y la entidad aseguradora que es la que se encarga de abonar las rentas. Cuando existen derechos ya causados no hay argumento posible para su alteración, a no ser que el régimen jurídico a aplicar a la entidad aseguradora externa quiebre. Cuando nos referimos a las expectativas de derecho generadas por los trabajadores y se realiza modificación o supresión de ellas y a consecuencia pueden producirse daños y perjuicios irrazonables y desproporcionados, estos trabajadores podrán cobrar una indemnización³⁰⁸.

³⁰⁶ ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los Planes/Fondos de pensiones y los contratos de seguro...Op.cit.*, pág. 293.

³⁰⁷ STS de 18 de noviembre de 2015, rec. 19/2015.

³⁰⁸ SUÁREZ CORUJO, B., *“Límites a la acción de la autonomía colectiva en la modificación de compromisos por pensiones de origen convencional instrumentados a través de contratos de seguro colectivo...”*, *Op.cit.*, pág. 97.

Entonces, desde que se estableció la obligación de externalizar los compromisos por pensiones, las obligaciones del empresario sólo se limitan al momento anterior al disfrute de la pensión, ya que después la relación del pensionista consistirá en una relación bilateral con la entidad aseguradora que gestione las prestaciones³⁰⁹. Esto nos lleva a pensar que es imposible utilizar la vía del artículo 41 para la modificación de las mejoras voluntarias, dado que el vínculo que liga a los beneficios de éstas es con la entidad aseguradora y no con la empresa. Así, durante la relación laboral, esto es, cuando el trabajador está en activo, es el empresario el que va pagando las primas por las contingencias protegidas, pero una vez que se produzca el hecho causante la carga económica pasa a la entidad gestora. Lo mismo ocurre con la modificación a través de la cláusula “rebús sic stantibus”, ya que esta sólo sería aplicable en el supuesto de que dichas prestaciones se gestionasen a través de fondos internos y justificando una verdadera alteración para poder producirse dicha modificación³¹⁰.

5. LAS MEJORAS COLECTIVAS A LA LUZ DE LA REGULACIÓN JURÍDICA RELATIVA A LA ULTRA ACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La doctrina se ha pronunciado en diversas ocasiones para definir la ultraactividad de los convenios colectivos. En este sentido, se puede decir que la ultraactividad es *“la situación de vigencia prorrogada forzosa, por voluntad legal o convencional, en la que se encuentra un convenio colectivo una vez denunciado y finalizada su vigencia inicialmente pactada hasta la aplicación de un nuevo convenio colectivo o laudo arbitral sustitutivo o por un determinado tiempo (de un año) si no hay un nuevo convenio o laudo arbitral aplicable”*³¹¹. El objetivo de la norma de la ultraactividad de un convenio colectivo *“es evitar la ruptura brusca del marco normativo convencional que rige la relación laboral”* en interés de los trabajadores³¹².

La actual regulación de la ultraactividad se encuentra incorporada en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes

³⁰⁹ Ibid. pág. 75.

³¹⁰ Ibid. Pág. 99-101.

³¹¹ SALA FRANCO, T., “La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos”, en. *Actualidad Laboral*, N° 10, 2013, pág. 3.

³¹² Citado por CRUZ VILLALÓN, J., en. ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Nuevos problemas interpretativos en torno a la afectación de la eficacia general y vigencia del convenio colectivo...”, *Op.cit.*, pág. 92.

para la reforma del mercado laboral y en la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se realizó una nueva regulación del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, finalmente limitando a un año la duración de la ultraactividad como podemos observar en el último apartado del artículo: *“Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”*. La función u objetivo de esta nueva regulación era responder al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo o barrera para adaptar las condiciones de trabajo a las circunstancias de la empresa³¹³. No debemos olvidar que puede existir un pacto entre las partes sobre la ultraactividad y en caso de que no existiese, es entonces cuando se aplica este nuevo límite temporal. Tras esta reforma, se planteaban las consecuencias que podía arrojar la pérdida de vigencia de un convenio de empresa, no existiendo convenio colectivo de ámbito superior que fuera aplicable. Después de diversas sentencias expresándose sobre el tema, el Tribunal Supremo se pronunció en su Sentencia 264/2014, de 22 de diciembre de 2014. En dicha sentencia se plantean las dos posturas o tesis, es decir, la tesis “rupturista”, según la cual los derechos y obligaciones de las partes se pierden y se aplican las normas estatales legales y reglamentarias y la tesis “conservacionista”, según la cual las condiciones laborales se mantienen por formar parte de la relación contractual entre las partes. El Tribunal se decantó por la segunda opción en 2014 argumentando que *“los derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un*

³¹³ En la exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se constataba que “en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor; se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa...con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo de renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año...”.

convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente"³¹⁴. En esta misma línea, ya se pronunció anteriormente el TJUE concluyendo que las condiciones fijadas en un convenio colectivo que se encuentra en ultraactividad en el momento de la transmisión de la empresa, deben mantenerse con posterioridad a la sucesión. La petición de decisión prejudicial la presentó el Tribunal Supremo de Austria con el objeto de la interpretación del artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. El litigio surgió a causa de que unos trabajadores de Austria habían sido traspasados desde una empresa matriz a una filial y a los que se les aplicó unilateralmente una reducción significativa de salarios y de condiciones laborales por considerarse que no estaba vigente el convenio colectivo de la sociedad matriz por haber sido denunciado. El TJUE resolvió el conflicto declarando que, aunque fue denunciado dicho convenio, se mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado. Y ello ocurrirá hasta el momento de que dichas relaciones de trabajo estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se llegue a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados (TJUE 11 de septiembre de 2014, Asunto C 328/13). No obstante, la sentencia dictada en 2014 por el Tribunal Supremo parece no ser acorde al objetivo de la reforma. Así, posteriormente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones³¹⁵

³¹⁴ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., "Eficacia y vigencia del convenio colectivo", en. *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*, XXV. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Cinca, Madrid, 2015, pág. 333-334.

³¹⁵ A través de la Sentencia de 23 de septiembre de 2015, se refirió a la aplicabilidad del convenio fenecido por finalización de su vigencia existiendo un convenio de ámbito superior aplicable. En este caso, el convenio superior regulaba algunas materias, pero no contemplaba entre ellas los aspectos típicamente "normativos" y relevantes del vínculo laboral individual. Por lo tanto, el Tribunal Supremo determinó que salvo en materias reguladas en el convenio superior, las demás condiciones de trabajo afectados por el conflicto, se mantendrían; en otra sentencia del mismo Tribunal, concretamente en el recurso nº 316/2014, de 27 de noviembre de 2015, se pretende la aplicación del convenio de ámbito superior en un asunto en el que el convenio aplicable hasta entonces había perdido su vigencia y no existía pacto alguno respecto de la ampliación de la ultraactividad del convenio fenecido, ni respecto al convenio aplicable en el futuro. No

respecto a la ultraactividad y sus consecuencias, y finalmente, llega a fijar el criterio establecido en dicha reforma, a través de su sentencia de 5 de junio de 2018 (recurso nº 588/2018). En este sentido, el TS confirma que resulta plenamente aplicable el artículo 86.3 del ET que determina que *“transcurrido un año desde la denuncia del convenio... se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior”*. La sentencia del 2014, resolvía un supuesto específico en el que no existía convenio colectivo de ámbito superior por lo que hubo que adoptar un criterio que evitara la desregulación. Pero en esta sentencia del 2018, se apunta que el tenor literal del artículo 86.3, no admite género de dudas. *“La claridad de la voluntad del legislador resulta palmaria. Dicho precepto, busca en primer lugar, incentivar que la renegociación de los convenios colectivos se adelante al fin de su vigencia. Y, en segundo término, y cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una perificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio, y que no se demore en exceso el acuerdo de renegociación”*. El supremo determina que, transcurrido el plazo de un año, se procede a su total desaparición del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la técnica de contractualización sólo será de aplicación cuando no exista un convenio colectivo de ámbito superior. Fuera de estas situaciones, procede una aplicación rigurosa del artículo 86.3 ET.

Se plantea la duda en este terreno de qué ocurre con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social cuando decae un convenio de empresa y no existe convenio colectivo superior aplicable o éste no regula dichas mejoras. Parte de la doctrina opina que en los casos de que no exista regulación de las mejoras debe aplicarse la normativa general. En cambio, otro sector de la doctrina cree que los sistemas voluntarios de previsión social tienen un alcance superior al del convenio colectivo que los regula y de esta forma se incorporan a los instrumentos jurídicos contractuales, como son los planes y fondos de pensiones o contratos de seguros. Estos instrumentos son los que establecerán cuáles siguen siendo las obligaciones y responsabilidades de las empresas, así como de los partícipes y beneficiarios. La parte contractualista de la doctrina defiende que las aportaciones a los planes y fondos de pensiones así como a los seguros colectivos deben mantenerse como condiciones más beneficiosas de origen colectivo en los contratos de trabajo de los trabajadores que se han quedado sin convenio aplicable³¹⁶. Esto

se aplica el convenio colectivo superior porque dicho convenio colectivo no tiene nada que ver con la actividad que cubría el convenio que perdió la vigencia.

³¹⁶ BODAS MARTÍN, R., “Realidad y futuro de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva...”, *Op.cit.*, pág. 491-532.

es, “los sistemas voluntarios de previsión social, de ordinario de alcance temporal superior al convenio colectivo que los establece y regula, están incorporados asimismo a los instrumentos jurídicos contractuales utilizados para su organización (planes de pensiones, contratos de seguro colectivo con entidades aseguradoras o Mutualidades de Previsión Social), manteniéndose, en su caso, las obligaciones y responsabilidades de las empresas, así como de los partícipes/asegurados/beneficiarios, en los términos definidos en esos instrumentos, por mucho que su causa derive del convenio colectivo que ha perdido vigencia”³¹⁷.

Con esta nueva regulación podemos comprobar que es evidente la necesidad de proteger las mejoras voluntarias si es que se quiere generalizar su utilización, porque si no se hace, no tendría mucho sentido incluir cláusulas sobre mejoras voluntarias en convenios colectivos que corren el peligro de perder su vigencia. En mi opinión, lo ideal sería establecer un régimen diferente con distinta duración de las cláusulas, es decir, para el caso del salario, por ejemplo, siendo un tema de constantes cambios, debería establecerse un período temporal más reducido que en el caso de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social; por considerar que éstos últimos necesitan un período más largo para que sean efectivas y no pierdan su vigencia. Asimismo, considero que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social deben ser introducidas en el seno de las relaciones laborales a través de la negociación colectiva, ya que esto haría que se generalizasen a la mayoría de la población y, por tanto, será muy importante aquí la labor que desarrollen los agentes sociales en el momento de la negociación del convenio colectivo.

En este apartado también podemos plantearnos la cuestión de lo que ocurre cuando sucede una transmisión de empresa y el convenio colectivo se encuentra en período de ultraactividad. Tanto la legislación como la jurisprudencia se han referido a ello en múltiples ocasiones, pero en términos generales mantienen que las condiciones de trabajo que se prevén en el convenio colectivo en fase de ultraactividad son aplicables en supuestos subrogatorios. En este sentido, como se ha mencionado anteriormente, el artículo 3.3 de la Directiva 2001/23 tiene como finalidad mantener la aplicación de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo, pero sin que el origen específico de su aplicación sea determinante. El asunto C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, de 11 de septiembre de 2014 del TJUE concre-

³¹⁷ CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., BRAVO-FERRER, VALDÉS DAL-RÉ, F., “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, en. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 9, 2013, pág. 1-13.

tó que la ultraactividad de un convenio colectivo no obstaculiza a las condiciones de trabajo para que sean aplicables en supuestos subrogatorios. En otro asunto anterior, esto es, en el asunto C-108/10, caso Scattolon, se consideró que los trabajadores transferidos no deben sufrir una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión. En el asunto C-426/11, Mark Alemo-Herron y otros y Parkwood Leisure Ltd, de 19 de febrero de 2013, se debatió sobre si la Directiva 2001/23 permitía las “cláusulas dinámicas de remisión a convenios colectivos” y la respuesta del Tribunal fue que la normativa comunitaria no se opone a que los Estados miembros contemplen la posibilidad de que las cláusulas dinámicas de remisión a convenios colectivos presentes y futuros, libremente acordadas por las partes del contrato de trabajo, sean transferidos como consecuencia de una transmisión de empresas. Si observamos la jurisprudencia interna, el Tribunal Supremo clarificó que aunque el convenio colectivo se encuentre en fase de ultraactividad, la empresa cesionaria deberá asumir los derechos y obligaciones establecidos en dicho convenio hasta que se produzca pacto en contrario o la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo³¹⁸.

6. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOBRE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La interpretación de las cláusulas sobre las mejoras voluntarias ha generado muchas dudas y pronunciamientos jurisprudenciales, sobre todo a la hora de interpretar algunos términos como la incapacidad permanente, el accidente de trabajo o el hecho causante. La práctica habitual de la regulación en la negociación colectiva es defectuosa, oscura, poco clara y generalizada³¹⁹. Con carácter general, en el momento de determinar las cláusulas de mejoras voluntarias se siguen los principios de la libertad de regulación que tienen las partes y los límites que establece la legislación. La jurisprudencia ha considerado de manera habitual que las cláusulas de mejoras voluntarias deben interpretarse según la voluntad de las partes. El Tribunal Supremo mencionó que las definiciones de los riesgos y contingencias en las mejoras

³¹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de empresa, convenio colectivo aplicable y STS 22 de diciembre 2014”, en *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*, XXI. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Cinca, 2015, pág. 7.

³¹⁹ TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 1996, pág. 88.

de Seguridad Social instrumentadas como seguros de grupo han de ser las precisadas en estos últimos. Si hay silencio u oscuridad deben ser tenidos en cuenta los conceptos fijados en el sistema de Seguridad Social básica. En resumen, la interpretación debe tener en cuenta la intención real de las partes (STS 3436/2001, de 24 de septiembre)³²⁰. En otra sentencia del mismo Tribunal (STS 1276/2001, de 22 de julio)³²¹ se realizaba la misma interpretación en un caso en el que se planteaba un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de definición de las contingencias protegidas de invalidez en un seguro colectivo de grupo. En este caso, el contrato de seguro, respecto a un grado de invalidez, delimitaba un concepto distinto al de la Ley General de la Seguridad Social. La respuesta del Tribunal Supremo fue la misma que la anterior sentencia mencionada, es decir, las cláusulas de mejoras voluntarias deben interpretarse teniendo en cuenta la voluntad de las partes. En la sentencia n° 4633/2000, de 15 de marzo 2002 también se efectuó la interpretación en la misma línea que en las anteriores sentencias. En efecto, la jurisprudencia hasta ahora ha realizado una interpretación de acuerdo con la regulación de la Seguridad Social si el propio convenio no ha realizado otra regulación específica de la materia porque si no se aplicaría esta última. No obstante, esta regulación específica deberá ser técnicamente perfecta, que no genere confusiones y respete las reglas que se le imponen. En este sentido, *“si las partes no se refieren expresa, y diversamente, a alguno de los elementos del régimen jurídico de las mejoras voluntarias en relación con la prestación básica objeto de mejora, esas cláusulas del convenio colectivo no se interpretan exclusivamente, pese a su origen paccionado, de acuerdo con las reglas del Código Civil, art. 1281 y ss., sino que, lo silenciado o no expresamente incluido se completa con la ordenación general de la prestación básica objeto de mejora según las normas de Seguridad Social”*³²².

De la jurisprudencia dictada en esta materia también podemos concluir que las interpretaciones restrictivas de derecho que se pactan colectivamente no son viables y tampoco las interpretaciones extensivas como ha mencionado en alguna ocasión el Tribunal Supremo. Este último posicionamiento se constató en un caso donde se debatía si la empresa debía abonar la mejora pactada durante todo el período de la incapacidad temporal o si por el contrario, la obligación con-

³²⁰ STS de 24 de septiembre de 2001, rec. 3436/2001.

³²¹ STS de 22 de julio de 2001, rec. 1276/2001.

³²² TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 1996, pág. 85-86.

cluía cuando se extinguía el contrato de trabajo del beneficiario. Así, el Tribunal argumentó que no caben las interpretaciones extensivas que alcancen a supuestos no contemplados específicamente por las partes, pero tampoco deben hacerse interpretaciones restrictivas del derecho que colectivamente se pacta, sino que una interpretación armónica del ordenamiento jurídico remite a interpretar las mejoras voluntarias con criterios propios del sistema de Seguridad Social, y entre ellos el principio pro beneficiario (STS 4277/2010, de 22 de noviembre)³²³. El auto del Tribunal Supremo nº 2844/2017, de 31 de mayo de 2018³²⁴ trata también sobre la interpretación de las cláusulas. El objeto de este auto es resolver cuándo comienza y finaliza el derecho a un complemento por incapacidad temporal. El demandante, el mismo día que se le finalizó el contrato, comenzó un período de incapacidad temporal el día 2 de junio de 2009, finalizando el mismo el 10 de diciembre de 2010. El extrabajador solicitó, en consecuencia, el abono de dicho complemento durante toda la vigencia de la incapacidad temporal. No obstante, el Tribunal Supremo concluye que “...en la sentencia recurrida no existe un convenio colectivo que contemple la mejora voluntaria, sino que la misma es consecuencia de una condición más beneficiosa reconocida por el empleador...”. En consecuencia, el abono del complemento únicamente será lo que le corresponda por el día 2 de junio de 2009.

El Tribunal también se ha planteado en sendas ocasiones sobre el tema de cuándo se produce el hecho causante de invalidez permanente absoluta como para que la trabajadora tenga derecho a la indemnización correspondiente. El Tribunal en este caso, argumentó que si la mejora voluntaria contiene una regulación específica en orden de fijar el momento en que se tiene establecida la cobertura, se seguirá dicho criterio siempre y cuando no se oponga a la norma de rango superior. Esta solución es la correcta según el Tribunal por considerar que es lo acordado entre las partes (STS 2248/2008, de 23 de septiembre)³²⁵. En otra sentencia más reciente, exactamente en la sentencia del Tribunal Supremo nº 2803/2015³²⁶, también se cuestiona cuándo se produce el hecho causante. En este caso, se trata de que el demandante, extrabajador de Caja Madrid, actualmente Bankia, pide que se le reconozca el derecho a la aplicación del Acuerdo de 03-07-1998, de las especificaciones del Plan de Pensiones del Grupo de Empleados de Caja Madrid vigentes al 10-04-2008. El demandante inició un proceso

³²³ STS de 22 de noviembre de 2010, rec. 4277/2010.

³²⁴ Auto del TS de 31 de mayo de 2018, nº 2844/2017.

³²⁵ STS de 23 de septiembre de 2008, rec. 2248/2008.

³²⁶ STS de 15 de marzo de 2018, rec. 2803/2015.

de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes el 11-04-2007 y, posteriormente, la sentencia del Juzgado de lo Social le declaró afecto de incapacidad permanente absoluta, con fecha de efectos la de finalización de la incapacidad temporal, el 10-04-2008. Caja Madrid y los sindicatos firmaron dos acuerdos de negociación colectiva el 24 y 28 de julio de 2008, respectivamente que introducían modificaciones en el sistema de previsión social complementaria. Al demandante se le aplicaron estos acuerdos, y no estaba de acuerdo. En definitiva, el TS llega a la siguiente conclusión y desestima el recurso: *“la sentencia recurrida tuvo que partir necesariamente y como precedente lógico del dato insoslayable de que la fecha del hecho causante de la prestación por incapacidad permanente absoluta era la establecida anteriormente por sentencia firme, el 20-08-2008, que a su vez determina la aplicación del acuerdo que rige las prestaciones complementarias de seguridad social, que es el acuerdo pactado por los representantes de los trabajadores por Caja Madrid en fecha 24/06/2008, lo que determina la desestimación del motivo de fondo, y por lo razonado, la de la totalidad del recurso...”*.

Por lo tanto, las cláusulas sobre las mejoras voluntarias de la Seguridad Social deben interpretarse teniendo en cuenta la voluntad de las partes. En este sentido, si el contrato de seguro recoge específicamente alguna regulación sobre ellas, habrá que respetar lo dispuesto en la misma haciendo una interpretación literal de las cláusulas. Sin embargo, no se debe olvidar que éstas habrán tenido que respetar la legislación a la hora de configurarlas. Si las previsiones del contrato de seguro no fueran claras habría que remitirse al convenio o a las normas de Seguridad Social.

7. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS QUE REGULAN LAS MEJORAS VOLUNTARIAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

El incumplimiento de no exteriorizar las cláusulas que regulan las mejoras voluntarias se considera una infracción muy grave como se puede constatar en el artículo 8.15 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: *“Son infracciones muy graves: el incumplimiento por la empresa de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones con el personal de la empresa en los términos establecidos en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones”*. No obstante, en los sistemas complementarios no se regula la responsabilidad en materia de prestaciones como ocurre con el sistema obligatorio de Seguridad Social. En este último caso, el artículo 167 de

la LGSS recoge la responsabilidad que tienen las entidades gestoras y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o los empresarios que colaboran en la gestión. Es decir, junto a esta previsión de falta muy grave no existe ninguna regulación acerca de una posible asunción pública de obligaciones en caso de no existir externalización de la mejora y el empresario sea insolvente para hacer frente al abono de esas mejoras. Este hecho parece contradictorio a la regulación comunitaria donde la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario recoge en su artículo 8 la siguiente disposición: *“Los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de éste, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social”*³²⁷.

En consecuencia, ¿qué posibles soluciones pueden plantearse en caso de que el empresario incumpla la obligación derivada de una mejora voluntaria?³²⁸ Existirán distintas soluciones dependiendo de la modalidad de la mejora que se trate. En primer lugar, puede ocurrir que la mejora voluntaria deba externalizarse a través de un contrato de seguro y el empresario no contrate con dicha entidad aseguradora. En este caso, el empresario debe responder de modo personal de dicho incumplimiento.

En segundo lugar, puede darse un infraseguramiento y en este caso el empresario únicamente responderá de la diferencia entre lo que debía haberse asegurado y lo contratado con la compañía aseguradora. Se trata, por tanto, de una responsabilidad compartida entre la entidad aseguradora y la empresa.

En tercer lugar, puede ocurrir que la empresa no externalice la mejora voluntaria y además se declare insolvente. En este caso, se incumpliría el mandato de la Directiva 2008/94/CE anteriormente mencionada por no garantizar los derechos de los trabajadores. Dicho incumplimiento

³²⁷ BIURRÚN MANCISIDOR, G., “Pensión de jubilación y negociación colectiva...”, *Op.cit.*, pág. 55-56.

³²⁸ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C., “La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias...”, *Op.cit.*, pág. 318-320.

se dará en el caso de que la insolvencia alcance a la propia entidad gestora o al fondo de pensiones y también en los casos de que la insolvencia del empresario haga imposible el pago de la aportación que debe realizar a la entidad gestora.

La solución que se plantea por parte de algunos autores es la de crear una institución de garantía con carácter público o semipúblico que cubra los supuestos de insolvencia que pudieran darse, como se prevé con los créditos salariales frente a los casos de insolvencia de los empresarios^{329 330}.

Respecto a la jurisprudencia hay que destacar que se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre este tema, y algunas sentencias exoneran de toda responsabilidad a la entidad aseguradora. Por ejemplo, en un caso que resolvió el Tribunal Supremo, una empresa tenía concertado un seguro de accidentes, pero la póliza se había anulado por falta de pago y una trabajadora sufrió un accidente en fecha que no estaba cubierto el riesgo. En este caso, se planteó a quién le tocaba responder y el Tribunal Supremo argumentó que la obligación de pago de la prestación no deriva de la aplicación de las normas rectoras del contrato de seguro, sino que la obligación del empresario se origina por el supuesto incumplimiento del mandato del convenio colectivo que le obligaba a asegurar. Sigue razonando el Tribunal que la responsabilidad del empresario tiene fundamento legal en una norma de derecho laboral y de la Seguridad Social respecto a una prestación que constituye una mejora de acción protectora (STS 1534/2010, de 4 de mayo)³³¹. En otra sentencia del mismo Tribunal se planteaba la cuestión de interpretación y aplicación de una cláusula de convenio colectivo de empresa relativa a prestaciones complementarias de jubilación. Este compromiso fue externalizado mediante una póliza de seguro y la controversia que surgió fue relacionado con el hecho causante, esto es, si se recogían tanto las jubilaciones parciales y totales o únicamente las jubilaciones totales. El Tribunal Supremo resolvió la cuestión argumentando que el alcance de la póliza de seguros suscrita no llega al supuesto de jubilación parcial, por lo que la compañía de seguros codemandada debía ser absuelta. Para llegar a esta conclusión determinó que existe una correspondencia entre la mencionada póliza de seguros y la disposición del convenio colectivo que establece el complemento de la pensión. Si

³²⁹ *Ibid.* pág. 319.

³³⁰ BIURRUN MANCISIDOR, G., "Pensión de jubilación y negociación colectiva...", *Op.cit.*, pág. 56.

³³¹ STS de 4 de mayo de 2010, 1534/2010.

no se diese esta correlación, y ante la insuficiencia del aseguramiento sería responsable la empresa. En el caso concreto, el convenio colectivo reconocía la jubilación anticipada del personal de la empresa, comprometiéndose a facilitarla a partir de los 60 años. La empresa externaliza este compromiso, pero siguiendo lo recogido en el convenio, esto es, no haciendo distinción entre la jubilación parcial y la jubilación total, por lo que no parece posible segregar esta última de la protección complementaria dispensada (STS 4190/2009, de 30 de junio)³³².

Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de externalización de los compromisos por pensiones conlleva una sanción administrativa pero no existe una regulación específica sobre el incumplimiento de las cláusulas de las mejoras voluntarias. Sería conveniente que cualquier futura reforma tipificara y sancionara dicho incumplimiento.

8. REGULACIÓN TRIBUTARIA DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS RECOGIDAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

El Derecho Financiero y Tributario tiene una importante influencia o trascendencia en las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, debido a que es uno de los incentivos para desarrollar estos sistemas complementarios. La incentivación de estos sistemas dependerá de la voluntad que tenga el legislador y la fuerza que tenga el sistema público de la Seguridad Social. Esto es, si existe un sistema público muy desarrollado los sistemas complementarios suelen tener menos fuerza y, por el contrario, si existe un sistema público débil suelen tener mayor desarrollo los sistemas complementarios. Han sido numerosos los textos que han recogido la preocupación de la sostenibilidad del sistema de pensiones por el creciente número de pensionistas y la utilización de incentivos fiscales para avanzar en la protección social. Entre otros, el Estudio Económico y Social Mundial 2007 de la ONU constata que *“el envejecimiento tendrá un efecto profundo en la sociedad y deberá recibir cada vez más atención por parte de los encargados de la formulación de políticas en el siglo XXI. En el mundo desarrollado, y también en muchas partes del mundo en desarrollo, la proporción de personas mayores en la población aumenta rápidamente...”*³³³. Asimismo, el Libro Verde de la Comisión Europea destaca la importancia de la fiscalidad en las pensiones y en la organización de los regímenes complementarios por

³³² STS de 30 de junio de 2009, rec. 4190/2009.

³³³ El Desarrollo en un mundo que envejece, Estudio Económico y Social Mundial 2007, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, http://www.un.org/en/development/desa/policy/wess/wess_archive/2007wess_overview_sp.pdf

capitalización³³⁴. Además de los textos internacionales comentados, muchos instrumentos nacionales hacen mención a los sistemas complementarios y a su estrecha relación con los incentivos fiscales. En este sentido, el Pacto de Toledo, en su recomendación número 14 establecía que *“se recomienda abordar la ordenación de la previsión social complementaria, potenciándola como elemento de consolidación del modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la Constitución. Asimismo, se propone la actualización y mejora de los actuales incentivos fiscales dirigidos a la promoción de dicho sistema complementario, con especial atención a los sistemas colectivos. En su regulación debe tenerse en cuenta también que estos mecanismos, constituyen una importante fuente de ahorro a largo plazo, tanto individual como colectiva”*. La importante relación que existe entre el Derecho Financiero y Tributario y la protección social complementaria podemos observarla también en la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio cuando se afirma que *“Con el objeto de mejorar la cohesión social y de atender los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia se incentivan aquellos instrumentos destinados a proporcionar unos ingresos complementarios de las pensiones públicas o a la cobertura de determinados riesgos. En todos los países desarrollados se está registrando un proceso de envejecimiento de la población que, en el medio plazo, dificulta la sostenibilidad de los sistemas públicos de previsión social. Para hacer frente a este importante reto los países de la OCDE pusieron en marcha en el pasado medidas de carácter fiscal, incentivando el desarrollo de planes de pensiones privados de carácter complementario al sistema básico de la Seguridad Social. El objeto de estos regímenes es que los individuos puedan obtener, a través del sistema público y de su plan de pensiones privado, una prestación que permita la aproximación de sus rentas al último salario percibido durante su vida laboral...”*.

En el marco comunitario, no debemos olvidar que uno de los derechos fundamentales reconocidos es la libre circulación de personas y de prestación de servicios (artículos 45-62 del TFUE). En el Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único³³⁵, la Comisión planteó algunas cuestiones que podían confrontarse a este derecho fundamental, entre ellos los problemas fiscales vinculados a

³³⁴ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 377-378.

³³⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:c10519&from=ES>

la adquisición de derechos a pensión en más de un Estado miembro. A raíz de este obstáculo, se produjeron varios conflictos relativos a la libre circulación de personas y de libre prestación de servicios que los resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este Tribunal es el responsable de garantizar en esta materia los derechos fundamentales reconocidos, pero puede justificar el mantenimiento de alguna disposición que pudiera considerarse discriminatoria si resulta necesaria para salvaguardar la coherencia del sistema tributario del Estado en cuestión. Para dar respuesta a estos conflictos, se aprobó la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad. Entre los objetivos de esta directiva se mencionaban la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros y la eliminación de toda medida nacional que pueda obstaculizar o hacer menos ventajosa para los trabajadores el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, incluyendo el entorpecimiento del tratamiento fiscal de las pensiones complementarias³³⁶. No obstante, esta Directiva no hacía mención expresa a los aspectos tributarios y por ello se aprobó la Comunicación (2001) 214 final, de 19 de abril de 2001, sobre la eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas en los sistemas de empleo. Dicha comunicación planteaba que *“la eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones de jubilación transfronterizas permitirá a los organismos de pensiones que satisfagan mejor las necesidades de trabajadores y patronos...”* y además complementaba la Directiva anterior estableciendo los siguientes objetivos:

“...intenta un planteamiento coordinado adaptado a la diversidad de la normativa de los Estados miembros más que una armonización total; plantea la eliminación de normas fiscales excesivamente restrictivas o discriminatorias; presenta medidas para salvaguardar los ingresos fiscales de los Estados miembros...”

Esta misma Comunicación distingue tres niveles en los sistemas de empleo, esto es, las cotizaciones, los rendimientos de la inversión y las prestaciones. En cuanto a las cotizaciones es destacable que casi todos los Estados miembros conceden algún grado de deducción fiscal a las cotizaciones del empresario y del empleado a los organismos de pensiones en su territorio. Respecto a los rendimientos de la inversión, la

³³⁶ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 390-392.

mayoría de los Estados miembros prevén la exención de las rentas y de las ganancias de capital en manos de los organismos de pensiones. Y por último, la mayoría de los Estados miembros gravan las prestaciones de jubilación cuando llegan a las manos de los jubilados, ya sean pagados periódicamente o en forma de capital. No obstante, los tipos impositivos y la cantidad de las prestaciones exentas de impuestos varían considerablemente, dado que algunos Estados miembros aplican un gravamen más bajo a los pagos en forma de capital o no los gravan en absoluto. En consecuencia, en la mayoría de los Estados están exentos tanto las cotizaciones como los rendimientos del organismo de pensiones derivadas de su inversión, mientras que las prestaciones están gravadas. Sin embargo, en algunos países la situación es distinta, y ello provoca problemas que afectan a las libertades fundamentales del Tratado de la Unión Europea³³⁷.

Además de este problema, la Comunicación presenta otras dificultades como por ejemplo que muchos Estados miembros no hacen extensiva la desgravación fiscal de la que disfrutaban las cotizaciones pagadas a organismos de pensiones establecidos en su territorio a los pagados a organismos de pensiones establecidos en otros Estados miembros...³³⁸

Por lo tanto, la Comisión considera que los Estados miembros deben asegurarse de que conceden las mismas deducciones de impuestos a las cotizaciones a organismos de pensiones nacionales y a las cotizaciones a organismos de pensiones establecidas en otros Estados miembros. La igualdad de trato también debe aplicarse en relación con los impuestos que gravan los rendimientos y con el trato fiscal de las prestaciones.

En el ámbito nacional se destaca, la importancia de otros mecanismos además de los incentivos fiscales para promocionar los sistemas complementarios de previsión social. Destaca la importancia que tiene la información que se les proporciona a los ciudadanos para conocer cuál va a ser su futura pensión pública al objeto de adoptar medidas, y en este sentido, en 2015 la Seguridad Social presentó un simulador de pensiones. Estar bien informados conlleva a la posibilidad de que la población pueda protegerse de forma informada y adecuada. En los últimos años, la educación financiera está adquiriendo una importancia mayor, ya que resulta esencial para cualquier familia para poder

³³⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A131056>

³³⁸ COM (2001) 214 final, de 19 de abril de 2001 sobre la eliminación de los obstáculos fiscales a las prestaciones por pensiones transfronterizas en los sistemas de empleo. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0214&from=EN>

gestionar su presupuesto, y sobre todo para adoptar decisiones correctas en el ahorro para la jubilación. Como han constatado algunos autores, *“el aumento de la educación financiera de la población favorece una mejor asignación de los recursos y contribuye, por tanto, al aumento del bienestar social. Por el contrario, unos bajos niveles de educación financiera, además de constituir una amenaza potencial para la integridad patrimonial de los individuos, pueden traducirse en pérdidas netas en términos de bienestar social...”*³³⁹.

Asimismo, se hace mención a otro mecanismo basado en destinar un porcentaje del salario a este tipo de sistemas complementarios automáticamente, posibilitando siempre que el trabajador renuncie a dicho ahorro³⁴⁰. No obstante, queda claro que los incentivos fiscales son esenciales para promocionar estos sistemas complementarios pero éstos deben ser constantes y continuados en el tiempo. Si por el contrario, no se realizan de forma continua, no contribuirían a incentivar el ahorro. Teniendo en cuenta los objetivos de las normas comunitarias, los incentivos fiscales aplicables en el ámbito estatal serían los siguientes, como se recoge en el artículo de *Ahorro, Pensiones y Seguro de vida*:

“imputar como rendimiento del ahorro la rentabilidad obtenida de los sistemas de previsión social; eximir de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a parte de las prestaciones que se perciban en forma de renta. La percepción en forma de renta ha de incentivarse frente a la de capital, para que de esa forma se mantenga el carácter complementario del ahorro; restablecer la deducción en la cuota del Impuesto sobre Sociedades para las aportaciones empresariales a los Sistemas de Previsión Social Complementaria; Recuperar el doble límite fiscal, uno para las contribuciones empresariales a Planes de Empleo y Planes de Previsión Social Empresarial y otro para las aportaciones directas de los ciudadanos a sus sistemas de previsión social individuales; recuperar los límites de aportaciones incrementados por edad a partir de los 50 años a sistemas de previsión social; Eliminar la obligatoriedad de imputar fiscalmente las primas de seguro colectivo para fallecimiento e incapacidad; posibilitar a las PYMES que aporten a Planes de Pensiones Individuales o Planes de Previsión

³³⁹ ISPIERTO MATÉ, A. y OLIVER YÉBENES, I., “La educación financiera y su relevancia en las decisiones económicas: evidencia e iniciativas, en. *Boletín de la Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Trimestre IV, 2011, pág. 85-104.

³⁴⁰ Ahorro, Pensiones y Seguro de Vida, Panel de seguimiento del sector asegurador de la Fundación de Estudios Financieros, Foros de debate de la Fundación, Instituto Español de Analistas Financieros, Fundación Estudios Financieros, Documentos de Trabajo, n° 10, Julio 2016, pág. 25-26. <http://www.fef.es/new/images/IEAF/FEF/Doc.%2010/DOCUMENTO%20DE%20TRABAJO%20N%2010%20ferros.pdf>

*Asegurados a favor de sus empleados, sin necesidad de promover un Plan de Pensiones de Empleo o un Plan de Previsión Social Empresarial, aplicándoles el régimen fiscal de los productos de empleo...*³⁴¹.

En este sentido la primera norma reguladora tributaria que se refirió a la previsión social complementaria fue la Ley de Impuestos sobre Sociedades 61/1978, de 27 de diciembre. Asimismo, el Reglamento de Impuestos, aprobado por el Real Decreto 263/1982, de 15 de octubre, recogía la deducibilidad de las dotaciones a instituciones de previsión del personal. No obstante, esta deducibilidad no es genérica a partir de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de planes y fondos de pensiones, ya que eliminó del ordenamiento tributario esa deducibilidad a efectos del Impuesto sobre Sociedades de las dotaciones a fondos internos, como se puede constatar en su Disposición Adicional primera: *“En todo caso, se excluye la deducibilidad en la imposición personal del empresario de cualquier dotación de fondo interno o concepto similar que suponga el mantenimiento de la titularidad de los recursos constituidos...”*. A partir de la aprobación de esta Ley cambió la regulación fiscal de los compromisos por pensiones aplicable a los distintos mecanismos de instrumentación de las pensiones, esto es, a los planes de pensiones, contratos de seguro y mutualidades de previsión social.

En cuanto a los planes de pensiones, son destacables varias normas reguladoras de la tributación: la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio y su Reglamento de desarrollo que es el 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 modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones. Siguiendo estas normas, los rendimientos derivados de mejoras voluntarias se considerarán rendimientos de trabajo, dado que el artículo 17 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre las Personas Físicas, considera que son rendimientos de trabajo *“se incluyen las contribuciones o aportaciones satisfechas por las empresas promotoras previstas en el Texto Refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones de empleo, así como las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones cuando éstos son imputados fiscalmente a sus beneficiarios”*. La razón de ser de esta disposición se basa en que si en los rendimientos de trabajo se incluyen las prestaciones por regímenes de la Seguridad Social, también lo estarán los incre-

³⁴¹ Íbid. pág. 26-27.

mentos que se pacten sobre ellas³⁴². En este sentido, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades, en su artículo 14 recoge que *serán deducibles las contribuciones de los promotores de planes de pensiones regulados en el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, así como las realizadas a planes de previsión social empresarial*". Además, las aportaciones efectuadas por los partícipes, tanto las hechas directamente como las que se les imputen de las contribuciones del promotor en concepto de rendimiento de trabajo dan derecho a una reducción en la base imponible general del Impuesto de Renta de Personas Físicas como se puede constatar en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: *"Podrán reducirse en base imponible general las siguientes aportaciones y contribuciones a sistema de previsión social: Las aportaciones realizadas por los partícipes a planes de pensiones, incluyendo las contribuciones del promotor que le hubiesen sido imputadas en concepto de rendimiento de trabajo"*. También darán derecho a una reducción en base imponible general del IRPF, los planes de pensiones de un país de la Unión Europea, esto es, las aportaciones realizadas por los partícipes a los planes de pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo. En último lugar, las cantidades recibidas por los beneficiarios por causar las contingencias contratadas en el plan de pensiones tributan como rendimientos de trabajo. En este caso, es indistinto quién sea el beneficiario, esto es, puede coincidir o no con el partícipe y, al considerarse rendimientos de trabajo, deben tributar^{343 344}.

Respecto a los contratos de seguros, debemos remitirnos de nuevo al artículo 14 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades donde se recoge que *"serán igualmente deducibles las contribuciones para la cobertura de contingencias análogas a las de los planes de pensiones, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

1. Que sean imputadas fiscalmente a las personas a quienes se vinculen las prestaciones.

³⁴² GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 383.

³⁴³ BOKOBO MOICHE, S., "La tributación de los sistemas de previsión social en el impuesto sobre la renta de las personas físicas", en. *Instituto de Estudios Fiscales*, Nº 24/05, Madrid, pág. 11-17.

³⁴⁴ AROLA GASOS, P., "Previsión social complementaria. Efectos tributarios de las diferentes modalidades de previsión", en. *Agencia Estatal de Administración Tributaria, Cuadernos de Formación*, Nº 2/2006, Madrid, pág. 33-34.

2. Que se transmita de forma irrevocable el derecho a la percepción de las prestaciones futuras.
3. Que se transmita la titularidad y la gestión de los recursos en que consistan dichas contribuciones”.

Por tanto, las cuotas o primas de los contratos de seguro satisfechas por el empresario representan un gasto deducible en su Impuesto de Sociedades. Esta regulación por tanto, se equipara a la de los planes de pensiones, pero no ocurre lo mismo respecto al importe de las primas o cuotas que aportan los partícipes. En este sentido, nunca podrá reducirse de la base imponible general del IRPF como ocurre con los planes de pensiones³⁴⁵. En cuanto a las prestaciones derivadas de estos contratos de seguro, se plantean los siguientes supuestos: *“si coincide el beneficiario con el asegurado, se tratará de una prestación por jubilación o invalidez que tributará en el IRPF como un rendimiento del trabajo en la medida en que la prestación exceda de las contribuciones del empresario imputadas y de las aportaciones realizadas directamente por el trabajador. Es razonable, puesto que tales cantidades nunca pudieron reducirse en el momento de su aportación...si no coincidiese el beneficiario con el asegurado, y estuviésemos ante una prestación por fallecimiento del asegurado, la tributación del capital o renta recibido tendría lugar en el ámbito del Impuesto de Sociedades y no del IRPF”*³⁴⁶.

En cuanto a las mutualidades de previsión social es aplicable el artículo 14 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, comentado anteriormente. Asimismo, ha de tenerse en cuenta el artículo 51 de la Ley de los Impuestos sobre Sociedades donde se establece que *“podrán reducirse en la base imponible general las aportaciones y contribuciones a mutualidades de previsión social que cumplan los siguientes requisitos: las cantidades abonadas en virtud de contratos de seguro concertados con mutualidades de previsión social por profesionales no integrados en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, por sus cónyuges y familiares consanguíneos en primer grado...; las cantidades abonadas en virtud de contratos de seguro concertados con mutualidades de previsión social por profesionales o empresarios individuales integrados en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, por sus cónyuges y familiares consanguíneos en primer grado...; y las cantidades abonadas en virtud de contratos de seguro concertados con mutualidades de previsión social por trabajadores por cuenta ajena o socios trabajadores,*

³⁴⁵ BOKOBO MOICHE, S., “La tributación de los sistemas...”, *Op.cit.*, pág. 25.

³⁴⁶ *Ibid.* pág. 25-26.

incluidas las contribuciones del promotor que les hubiesen sido imputadas en concepto de rendimientos de trabajo...". Si nos centramos en las prestaciones recibidas por los beneficiarios de los contratos de seguro suscritos con las Mutualidades de Previsión Social derivadas de las aportaciones, éstas se consideran rendimientos de trabajo del beneficiario y por tanto tributan en el IRPF, independientemente de que sean prestaciones de jubilación, incapacidad o fallecimiento³⁴⁷.

Tras analizar el tratamiento fiscal de los distintos mecanismos de previsión social complementaria se puede concluir que el régimen fiscal de los seguros colectivos es diferente si lo comparamos con los Planes de Pensiones. Suponen un gasto deducible para el empresario, pero para el trabajador se trata de un rendimiento de trabajo sin posibilidad de reducción. Esto es, en el caso de contratos de seguros se gravarán las diferencias entre lo aportado y lo recibido. Sin embargo, en el caso de las mutualidades de previsión social, el legislador realiza una equiparación a los Planes de Pensiones respecto a las deducciones fiscales de las contribuciones empresariales. El legislador regula de la misma manera la fiscalidad de las aportaciones del trabajador al considerar que las percepciones recibidas son rendimientos de trabajo³⁴⁸. La regulación fiscal de las mutualidades de previsión social y el plan de pensiones es muy similar.

9. RECAPITULACIÓN

La negociación colectiva resulta el instrumento idóneo para regular las mejoras voluntarias por diversas razones. La negociación colectiva al basarse en el consenso de las partes, acogerá los intereses tanto de los empresarios como de los trabajadores y por lógica deberían evitar futuros conflictos al cubrir los requerimientos de cada parte. Además, el convenio colectivo es adaptable a las circunstancias de cada momento por su dinamicidad. No obstante, esta característica puede tener su lado negativo, sobre todo en las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Estas mejoras deberán tener una regulación a largo plazo o de larga duración por su carácter (necesitan estabilidad y permanencia), dado que no son comparables por ejemplo con el salario, por ser más adaptable a las circunstancias empresariales. En estos casos, sería adecuada una regulación independiente según la materia que se negocie. La negocia-

³⁴⁷ AROLA GASOS, P., "Previsión social complementaria...", *Op.cit.*, pág. 36.

³⁴⁸ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*, *Op.cit.*, pág. 416-419.

ción colectiva resulta también adecuada para la generalización a todos los trabajadores a diferencia de los instrumentos individuales.

Respecto a la sucesión de los convenios colectivos, hay que diferenciar entre las mejoras voluntarias de la Seguridad Social que ya han adquirido los trabajadores y las mejoras que aún no las han adquirido. Es decir, entre el derecho causado y la mera expectativa. En estos últimos, se aplica el principio de modernidad y por tanto, desaparece la expectativa con la introducción del nuevo convenio colectivo, salvo este nuevo convenio recoja la mejora. No obstante, en los derechos ya causados no se realiza esta interpretación, debido a que la modificación o supresión deberá estar recogida por la misma norma que la estableció. No es la única interpretación que se ha realizado como hemos podido observar.

En el tema de la transmisión de empresas, si tenemos en cuenta las normativas nacional y comunitaria, los derechos y obligaciones relativas a las mejoras voluntarias deben incluirse en la garantía subrogatoria y, por tanto, no desaparecen.

Cuando nos referimos a la modificación o supresión de los compromisos por pensiones surgen diversas cuestiones por existir diversas formas para llevarlas a cabo. Los instrumentos que se utilizan para externalizar dichos compromisos (planes de pensiones y contratos de seguro) son las que menos problemas plantean, ya que se aplica lo que establecen en su normativa sobre modificaciones y se realizarán siguiendo lo establecido. Asimismo, este hecho lo podemos relacionar con la figura de la ultraactividad. Esto es, cuando estamos ante convenios colectivos que recogían mejoras voluntarias de Seguridad Social y pierden vigencia dichos convenios sin tener la posibilidad de aplicar otro convenio sustitutivo, siguen manteniéndose los derechos que se generan por las mejoras voluntarias reconocidas, por estar externalizadas a través de planes de pensiones o contratos de seguros que las siguen recogiendo en sus normativas. No existe, por tanto, peligro de pérdida de los derechos. Sin embargo, si nos centramos en los compromisos por pensiones asumidos en el convenio colectivo y que ya han causado derechos, pero no están externalizados, únicamente será posible modificarlas o suprimirlas por una norma del mismo rango. Pero no parece ser la única vía como hemos podido observar, ya que en ocasiones se ha utilizado la cláusula “rebus sic stantibus” cuando se ha producido un cambio radical de las circunstancias que provoque la desproporción exorbitante entre las prestaciones, y no ha existido otro medio de reequilibrio. De todas formas, es necesario delimitar cuáles

son las circunstancias nuevas que suponen un cambio absoluto y radical, porque esto determina cuándo puede utilizarse esta cláusula como vía de modificación o supresión de las mejoras voluntarias. Otra vía utilizada ha sido el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, pero el ámbito subjetivo de este artículo se limita a las personas que siguen teniendo una relación laboral y no abarca, por tanto, a los pensionistas o ex trabajadores que estén beneficiándose de mejoras voluntarias. Esta vía sólo puede ser utilizada con los trabajadores en activo y justificando razones económicas, técnicas, organizativas y de producción. Este mecanismo, no sirve para todos los beneficiarios de las mejoras voluntarias, es decir, no es una técnica de modificación de carácter general. Relacionado con esta vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, encontramos la inaplicación del convenio colectivo, denominado descuelgue. Como hemos podido observar esta herramienta tiene ciertas similitudes con el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, pero se trata de otro mecanismo.

Siendo lo más habitual el establecimiento de las mejoras voluntarias por vía de negociación colectiva, parece totalmente lógico tener en cuenta la voluntad de las partes a la hora de interpretar las cláusulas sobre mejoras voluntarias. De esta misma manera se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Supremo. No obstante, si éstas no son claras se deberá acudir a lo que recoge el sistema de Seguridad Social.

Cuando el empresario que se compromete no cumple con lo establecido respecto a la mejora voluntaria de Seguridad Social por encontrarse en situación de insolvencia, ¿qué garantías tiene el beneficiario? Actualmente, no existe una regulación específica como tal, a parte de la Directiva 2008/94/CE y por eso, considero importante que se regule algún instrumento garante. Esto es, al igual que los salarios tienen un carácter preferente a la hora de reclamar ante la insolvencia del empresario, sería lógico que también ocurriese lo mismo con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

En último lugar, el aspecto tributario ha tenido su importancia a la hora de impulsar los sistemas complementarios. Sin embargo, a nivel comunitario ha generado diferencias entre las regulaciones de los Estados miembros y veo oportuno una regulación acorde y común para evitar problemas. Asimismo, creo que no es el único mecanismo que debe utilizarse para la promoción de estos sistemas, debido a que no tiene efectos generalizados, es decir, se limita a un colectivo concreto que es el que tiene mayor poder adquisitivo. Por lo tanto, el impulso o promoción a estos sistemas debería obtenerse de una combinación de medidas.

CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El objeto de este capítulo es el análisis de las cláusulas sobre mejoras voluntarias de la Seguridad Social en los convenios colectivos aprobados desde enero de 2018 hasta julio del 2018, para observar cuáles son las cláusulas convencionales que recogen dichos convenios en la actualidad. Concretamente se realiza un repaso actualizado sobre las mejoras de prestación de incapacidad temporal, las mejoras relacionadas con la maternidad, las prestaciones familiares, las mejoras vinculadas con la incapacidad permanente y las prestaciones por muerte y supervivencia, el seguro médico privado, los premios de vinculación, las prestaciones de jubilación y los planes y fondos de pensiones de empleo. Desde principios de año hasta el mes de agosto de 2018, se han aprobado 95 convenios colectivos, los cuales han sido consultados en el Boletín Oficial del Estado. De la totalidad de los convenios analizados 72 son convenios de ámbito empresarial, 2 son de fundaciones, otros 2 son de corporaciones públicas y 19 de sector.

Antes de empezar a examinar las cláusulas recogidas por los convenios colectivos analizados, es importante mencionar que según el artículo 39 de la LGSS, los sujetos beneficiarios de las mejoras voluntarias son los incluidos en la modalidad contributiva del sistema de la Seguridad Social³⁴⁹ ³⁵⁰. Esto es, existe un vínculo directo entre la prestación de Seguridad Social y la mejora voluntaria de la misma³⁵¹ ³⁵². Asimismo, hay que tener en cuenta que no todos los convenios colectivos recogen

³⁴⁹ BODAS MARTÍN, R., “Realidad y futuro de las mejoras voluntarias en la negociación colectiva...”, *Op.cit.*, pág. 491-532.

³⁵⁰ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Parte I...**Op.cit.*, pág. 110.

³⁵¹ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C., “La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias...”, *Op.cit.*, pág. 299.

³⁵² PÉREZ ALONSO, M.A., “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: su interpretación judicial”, *en. Actualidad Laboral*, nº 24, 2001, pág. 507-525.

dichas mejoras. Concretamente, de los 95 convenios colectivos analizados, únicamente 8 no regulan ninguna mejora voluntaria, siendo su distribución la siguiente: de los 72 convenios de empresa, 5 son los convenios que no regulan mejoras voluntarias; y de los 19 convenios del sector, son 3 los que no recogen ninguna mejora voluntaria. Sin embargo, tanto los convenios colectivos de las fundaciones como los de corporación pública analizados, regulan alguna mejora voluntaria de la Seguridad Social. Como se puede observar es una parte muy escasa, ya que el resto en mayor o menor medida hacen referencia a alguna mejora voluntaria de la Seguridad Social.

1. LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La prestación de incapacidad temporal es un subsidio diario que cubre la pérdida de rentas del trabajador producida por enfermedad común o accidente no laboral, enfermedad profesional o accidente de trabajo y los períodos de observación por enfermedad profesional. La negociación colectiva ayuda a suplir esa reducción regulando complementos retributivos de las prestaciones de incapacidad temporal para garantizar en esos periodos la totalidad o parte de su salario.

En el estudio de la prestación de incapacidad temporal, podemos realizar una clasificación basada en varios aspectos que se recogen en los convenios colectivos. Asimismo, en la siguiente tabla se recogen los datos cuantitativos:

Figura 4. Datos cuantitativos sobre convenios colectivos que recogen la prestación por incapacidad temporal

ASPECTOS RECOGIDOS	CONVENIOS COLECTIVOS
CC = CP	20
Hospitalización	23
Absentismo	12
Mecanismo de control	14

Fuente: elaboración propia.

A) Trato diferenciado versus trato igual a las contingencias comunes y contingencias profesionales:

Una parte significativa de los convenios colectivos realiza un trato diferenciado entre las contingencias profesionales o comunes y también

cuando el beneficiario requiere o necesita hospitalización³⁵³ ³⁵⁴. Como se puede observar en la tabla superior, de los 95 convenios colectivos analizados en total, únicamente 20 dan el mismo tratamiento, lo que supone el 21,05%. Existe mayor cobertura para los supuestos de Incapacidad Temporal derivada de accidente laboral o enfermedad profesional³⁵⁵. Así lo establece, por ejemplo, el Convenio Colectivo Ilunion Seguridad, S.A. (art.53):

“a) Incapacidad temporal en caso de accidente laboral:

La empresa complementará hasta el 100% de la tabla de retribuciones del Anexo Salarial, incluida la antigüedad, más la parte correspondiente al Plus de peligrosidad, en su caso, sin que suponga merma del importe que pudiese corresponder en las pagas extraordinarias. En el caso de que la prestación reglamentaria de la Seguridad Social sea mayor, se percibirá ésta. Además de los actualmente considerados como tales, también se incluyen los producidos durante las prácticas de tiro y/o de gimnasio, siempre que sean realizados por mandato legal u orden expresa de la empresa.

b) Incapacidad temporal en caso de enfermedad o accidente no laboral:

b.1) Del día 1 al 3, el 50% de la base de cotización, una sola vez al año.

b.2) Del día 4 al 20, el 80 % de la base de cotización.

b.3) Del 21 al 40, el 100% de la base de la cotización.

b.4) Del 41 al 60, el 90% de la base de la cotización.

b.5) Del 61 al 90, el 80% de la base de la cotización.

b.6) Del 91 en adelante, si procede, según lo legislado.

La empresa complementará la prestación reglamentaria en el supuesto de hospitalización: Se cobrará el 100% de la base cotizable, desde la fecha de hospitalización, durante 60 días máximo, aunque parte de dichos días esté hospitalizado y otra parte no, y en período de recuperación o postoperatorio, pero siempre que siga de baja”³⁵⁶.

Cabe mencionar que algunos convenios colectivos establecen un régimen particular para los casos de hospitalización, independientemente

³⁵³ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Parte I...Op.cit.*, pág. 114-117.

³⁵⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. et al., *La negociación colectiva y la protección social*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pág. 49-57.

³⁵⁵ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C., “La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias...”, *Op.cit.*, pág. 295.

³⁵⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/28/pdfs/BOE-A-2018-2811.pdf>

de la contingencia a la que nos referimos. En este sentido, se puede apreciar en la tabla superior que 23 convenios colectivos (24,21%) establecen este distinto régimen en caso de hospitalización. Así, por ejemplo, en el artículo 39 del Convenio colectivo European Air Transport Leipzig GMBH, sucursal en España, se recoge de la siguiente manera: *“En el caso de que la baja por enfermedad común o accidente no laboral, requiera la hospitalización del trabajador, así como en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el trabajador percibirá el 100 % de su salario bruto mes, desde el día 1º en que se encuentre en dicha situación.*

Para que el trabajador pueda acceder al abono del 100 % de su salario bruto mes, en caso de hospitalización por motivo de Baja por enfermedad común o accidente no laboral, dicha hospitalización se deberá acreditar documentalmente con los partes de ingresos hospitalarios”³⁵⁷.

Asimismo, existen convenios colectivos que no realizan ninguna distinción entre la incapacidad temporal por enfermedad profesional o común, como es el caso del Convenio colectivo de Cervezas San Miguel, S.A. (art.28)³⁵⁸: *“Todos los trabajadores de la plantilla que sean dados de baja por enfermedad o accidente, ya sea común o laboral, debidamente acreditados con la baja correspondiente, percibirán como complemento a las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad temporal y mientras dure ésta, la diferencia entre la prestación económica que se le otorgue por incapacidad temporal y el total de sus percepciones salariales fijas brutas.*

Los complementos económicos precedentes serán abonados al trabajador mientras permanezca en situación de incapacidad temporal y con una duración máxima para ésta situación de acuerdo con la legislación vigente. Es decir, actualmente 18 meses.

En el supuesto de enfermedad, y en el caso de no observar el tratamiento prescrito para su curación, se podrá exigir al interesado responsabilidad disciplinaria legal y se le suspenderá el pago complementario del salario y pluses que se le abonen en su caso.

El anterior complemento se dejará de percibir en el caso de accidente laboral, cuando judicialmente se declare que se hubiere producido por negligencia en el uso de medios preventivos a disposición del productor, o fuese provocada intencionadamente”.

³⁵⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/15/pdfs/BOE-A-2018-6500.pdf>

³⁵⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/02/pdfs/BOE-A-2018-1462.pdf>

B) Diferenciación por motivo de la antigüedad:

En los convenios colectivos de hoy en día han desaparecido las cláusulas que vinculan la prestación complementaria de incapacidad temporal a la duración del contrato de trabajo. No obstante, es cierto que algunos convenios recogen un trato diferenciado dependiendo la antigüedad del trabajador a la hora de complementar la prestación de Incapacidad Temporal³⁵⁹. Es el caso del XXIV. Convenio colectivo de Mantenimiento y Montajes Industriales, S.A., dado que su artículo 45 fija lo siguiente: *“En los supuestos de baja por enfermedad o accidente de trabajo, la empresa garantizará a los trabajadores, con una antigüedad en la empresa de 3 o más años, el 100% del salario de Convenio, concretamente los conceptos salariales reflejados en el anexo I, plus tóxico, penoso y peligroso, antigüedad y plus transporte en su caso, a partir del día 12.º de baja, siempre que el trabajador/a permanezca de alta en la empresa.*

Si por cualquier causa, se modificara la actual regulación de la Incapacidad, en ningún supuesto, la Empresa estará obligada al pago de cantidad superior a la que pagaría con la actual normativa”³⁶⁰.

Por su parte, el Convenio colectivo de Saint Gobain Cristalería, S.L., en su artículo 51 dicta lo siguiente³⁶¹: *“Cuando una persona, con una antigüedad mínima de un año, sea dada de baja como consecuencia de cualquier tipo de contingencia y previa confirmación de esta baja por el Médico de Empresa, se concederá un complemento de acuerdo con lo dispuesto a continuación...”*.

C) Cálculo del contenido de la prestación complementaria de la incapacidad temporal:

En relación al modo de expresar cómo se calculará la prestación complementaria, encontramos diversas fórmulas en los convenios colectivos analizados. Así, en algunos casos se alude al salario base, como ocurre por ejemplo en el artículo 39 del Convenio colectivo de Supercor, S.A.³⁶²: *“En el caso de situación legal de Incapacidad Temporal (IT), en el que la Seguridad Social o la Mutua colaboradora con la Seguridad Social reconozca el pago de prestaciones, la empresa, durante el tiempo*

³⁵⁹ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Parte I...Op.cit.*, pág. 110-111.

³⁶⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/24/pdfs/BOE-A-2018-5591.pdf>

³⁶¹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/06/28/pdfs/BOE-A-2018-8918.pdf>

³⁶² <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/15/pdfs/BOE-A-2018-6501.pdf>

en el que el trabajador tenga derecho a prestaciones económicas, complementará las mismas hasta la expedición del parte de alta por cualquier causa y, en todo caso, por un período máximo de hasta 12 meses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, según se establece a continuación:

a) Hasta el 100 por 100 del Salario Base en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional y, en el caso de enfermedad común con hospitalización, desde la hospitalización hasta el alta hospitalaria. En estos casos el complemento se entiende desde el 1er día de baja mientras dure la hospitalización.

b) Hasta el 100 por 100 del Salario Base a lo largo de la primera baja por enfermedad común dentro del año natural.

c) Hasta el 90 por 100 del Salario Base a lo largo de la segunda baja por enfermedad común dentro del año natural.

d) Hasta el 80 por 100 del Salario Base a lo largo de la tercera y siguientes bajas por enfermedad común dentro del año natural...”

En otros convenios colectivos se hace mención al salario bruto mes como es el caso del convenio European Air Transport Leipzig GMBH, sucursal en España (art. 39)³⁶³ o se incluyen además del sueldo base, la antigüedad, el plus de convenio y plus ad personam como lo hace el artículo 60 de Convenio colectivo de Auxiliar Logística Aeroportuaria, S.A.³⁶⁴: “*En caso de baja en el trabajo por incapacidad temporal, la Empresa completará la prestación de la Seguridad Social hasta alcanzar el 100 por 100 de la suma del salario base más antigüedad, más plus de Convenio y plus ad personam...*”.

Este tipo de cláusulas dispares hacen que surjan dificultades a la hora de interpretarlas, pero se puede observar que sigue existiendo en la actualidad esta disparidad respecto al modo de expresar el cálculo de la prestación complementaria de incapacidad temporal.

D) Extensión temporal y comienzo del complemento:

Las mejoras voluntarias de Seguridad Social en cuanto a la contingencia de la incapacidad temporal suelen caracterizarse por tener una duración concreta y son las empresas las que establecen una duración máxima para su obligación. No obstante, las formas en la que se establece esta duración varían según el convenio. Así, existen convenios

³⁶³ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/15/pdfs/BOE-A-2018-6500.pdf>

³⁶⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/22/pdfs/BOE-A-2018-6807.pdf>

donde únicamente se menciona “...durante toda la duración de la misma...” como es el caso del Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona “La Caixa”³⁶⁵. Sin embargo, en otros convenios se especifica la duración exacta: entre otros, durante 60 días máximo³⁶⁶, durante un máximo de 40 días a contar desde la fecha de la baja³⁶⁷ y máximo 12 meses³⁶⁸.

Además, los convenios colectivos fijan cuándo se dará comienzo al complemento de la prestación, es decir, cuándo se produce el nacimiento del derecho a dicha protección³⁶⁹. Así, la mayoría de los convenios cuando establecen el comienzo de la prestación en caso de Accidente de Trabajo lo hacen de la siguiente manera: “Cuando dentro del año natural un trabajador sea dado de baja por enfermedad común la empresa le complementará sobre la prestación de la Seguridad Social, desde el primer día y hasta el decimoctavo mes hasta el 100 % de su salario fijo...”³⁷⁰. La mayoría de los convenios analizados complementan la prestación de Incapacidad Temporal derivada de accidente de trabajo desde el primer día de la baja. Asimismo, algunos convenios como por ejemplo, el Convenio colectivo de Ferrovial Servicios, S.A y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes, recoge el mismo tratamiento que las contingencias profesionales, señalando lo siguiente: *En caso de hospitalización y/o intervención quirúrgica, el complemento alcanzará el 100 % del salario desde el primer día de la incapacidad laboral con independencia de que ésta sea la primera que se produzca en el año o no*³⁷¹. Sin embargo, en las contingencias comunes se establecen algunos límites, por ejemplo, algunos convenios colectivos como el mencionado anteriormente, realizan una distinción temporal dependiendo el número de proceso de Incapacidad temporal en la que se encuentra el trabajador: “... En la segunda y sucesivas bajas por enfermedad el complemento del 100 por

³⁶⁵ Art.35. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/12/pdfs/BOE-A-2018-1900.pdf>

³⁶⁶ Art. 53 del Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, S.A. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/28/pdfs/BOE-A-2018-2811.pdf>

³⁶⁷ Art.37 del Convenio colectivo de Ombuds Servicios S.L, Protección Castellana SLU y UTE Thyssen. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/11/pdfs/BOE-A-2018-9678.pdf>

³⁶⁸ Art.26 del XVII. Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/06/pdfs/BOE-A-2018-3156.pdf>

³⁶⁹ TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva... Op.cit.*, pág. 135-139.

³⁷⁰ Art.39 del Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, Trípole S.A. y G-3 Servicios y Asesoramiento S.A. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/31/pdfs/BOE-A-2018-10911.pdf>

³⁷¹ Art. 69. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/26/pdfs/BOE-A-2018-1063.pdf>

*100 del salario se abonará desde el cuarto día de la baja, es decir, los tres primeros días no habrá complemento alguno...*³⁷².

E) Relación entre el índice del absentismo y el complemento a la prestación de IT

Es habitual encontrarnos con convenios colectivos que vinculan el disfrute del complemento de la incapacidad temporal con la reducción del absentismo en la empresa³⁷³. De hecho, se observa en la tabla anterior que, de los convenios colectivos analizados del 2018, 12 convenios (12,63%) recogen esta vinculación. La finalidad de estas cláusulas es la reducción del absentismo derivado de contingencias comunes. Existen convenios colectivos donde el derecho al disfrute de la prestación complementaria queda condicionado a no superar un límite máximo establecido. Por ejemplo, así lo implanta el Convenio colectivo de Nucleon S.A., en su artículo 37³⁷⁴: *“...No obstante, si el índice de absentismo del año anterior alcanzase en la Empresa el 4 por 100, lo anteriormente dispuesto quedará afectado por las siguientes modificaciones:*

El primer día de baja por enfermedad no derivada de accidente, si ésta fuera inferior a ocho días y si coincide después de día festivo o de descanso semanal, no será retribuido.

Desde el cuarto al vigésimo día dejará de percibir el importe que supone el 15 por 100 del salario regulador de la prestación de Incapacidad Temporal dejado de satisfacer por la Seguridad Social, de conformidad con el Real Decreto 53/1980, de fecha 11 de enero (BOE número 14, de 16 de enero de 1980). Este descuento sólo se aplicará en la primera situación de Incapacidad Temporal durante el año natural.

Se entiende por absentismo, la no presencia del trabajador en el puesto de trabajo.

No serán computables a efectos de tal cuantificación los siguientes supuestos: Las ausencias, previa y debidamente justificadas, dentro de lo establecido legalmente, en los siguientes casos:

Matrimonio.

Nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.

³⁷² *Idem.*

³⁷³ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual*, Parte I...*Op.cit.*, pág. 130.

³⁷⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/01/pdfs/BOE-A-2018-1398.pdf>

Traslado de domicilio habitual.

Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público o personal.

Realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.

Las trabajadoras o trabajadores, por lactancia de un hijo menor de nueve meses.

Las ausencias derivadas de hospitalización.

Las ausencias debidas a accidente laboral.

Las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo de accidente, cuando así se decreta por la Autoridad laboral o lo decida el propio empresario, sea o no a instancia de los representantes legales de los trabajadores.

Los permisos por maternidad o paternidad.

Los supuestos de suspensión de contrato de trabajo por causas legalmente establecidas, salvo en el supuesto primero del artículo 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que sólo será computable cuando la baja sea acordada por servicios médicos sanitarios oficiales y tenga una duración de menos de veinte días consecutivos...". El porcentaje concreto de absentismo lo concreta cada empresa según sus circunstancias. Así algunos establecen el límite anual en el 4%, otros en el 3,1% y otros establecen varios porcentajes estableciendo franjas de absentismo y consecuentemente el porcentaje complementario de la prestación. Este último caso ocurre en el Convenio colectivo de Saint-Gobain PAM España, SA. que incorpora el siguiente contenido en su artículo 39³⁷⁵: "En el caso de que un trabajador sea dado de baja por la Seguridad Social y confirmada ésta por el Médico de Empresa, como consecuencia de Enfermedad común o Accidente laboral, la Empresa abonará al trabajador un complemento salarial de acuerdo con la siguiente escala de Absentismo:

a) Hasta el 4 % de Absentismo:

– Enfermedad:

- Del 4.º al 20 día el 85 %.
- Del 21 en adelante el 100 %.

– Accidente Laboral:

- 100 % desde el primer día.

³⁷⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/14/pdfs/BOE-A-2018-6436.pdf>

b) Del 4,01 % al 5,0 % de Absentismo:

– Enfermedad:

- Del 4.º al 20 día el 80 %.
- Del 21 en adelante el 85 %.

– Accidente Laboral:

- 100 % desde el primer día.

Estos índices de absentismo se refieren a la media de absentismo, derivado de enfermedad más accidente, de los 12 meses anteriores al producirse la baja del trabajador por estas causas.

El complemento a abonar se refiere al salario fijo, complemento personal –si se tuviere– y prima de producción.

La limitación económica derivada del valor del índice de absentismo, no será de aplicación a la situación de Incapacidad Temporal (I.T.) a partir del tercer mes”.

Se puede observar en algún convenio colectivo que para reducir los niveles de absentismo se determinan algunos premios. Esto ocurre en el Convenio colectivo de Fertiberia, SA., donde se recoge la siguiente cláusula³⁷⁶: “...Asimismo y con el mismo objetivo de reducción de absentismo, se establece un Plus de 48 euros brutos mensuales para el año 2018, y el importe bruto que proceda a partir de 2019, en función de los incrementos aplicados en dichos años, que se percibirá de acuerdo con las siguientes condiciones:

Este Plus se devengará de forma individual por meses. A la persona que no falte ningún día al trabajo durante el mes natural se le aplicarán los porcentajes de la tabla siguiente, sobre el importe del plus, en función del absentismo de su fábrica.

<i>Absentismo fábricas</i>	<i>% s/ plus</i>
<3,0%	120%
<3,5%	110%
<4,0%	100%
<4,5%	90%
<5,0%	80%
<5,5%	60%
≥5,5%	40%

³⁷⁶ Art. 27. <https://boe.es/boe/dias/2018/08/06/pdfs/BOE-A-2018-11251.pdf>

En último lugar, existen convenios que no establecen esa vinculación directa entre la incapacidad temporal y el absentismo, pero sí que mencionan el compromiso de reducir el absentismo como realiza el VI Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski, en su artículo 38³⁷⁷: “...*Comisión de Absentismo: Las partes asumen que el absentismo injustificado conlleva una pérdida de productividad e incide de manera negativa en todos los órdenes de la empresa, perjudicando con ello la competitividad y eficacia de las empresas y la posibilidad de mejorar los niveles de empleo y renta de los/as trabajadores/as. La reducción del absentismo injustificado en el ámbito del Grupo Eroski es un objetivo compartido por la representación sindical y empresarial, dado que se proyecta sobre las condiciones de trabajo, el clima laboral, la productividad y la salud de los empleados. A tal fin, se acuerda la constitución de una Comisión de Absentismo que tendrá las siguientes funciones: Identificar las causas del absentismo, analizando la situación, así como su evolución en el ámbito correspondiente. Establecer criterios para la reducción del absentismo injustificado, así como mecanismos de seguimiento y, en su caso, medidas correctoras. Difundir la información sobre la situación existente y las medidas adoptadas*”.

F) Mecanismo de control de salud por parte de la empresa

En situaciones de incapacidad temporal y los complementos de la prestación, el Estatuto de los Trabajadores reconoce a los empresarios la siguiente facultad: “*El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones*” (art.20.4. TRLET)³⁷⁸. Así lo recogen 14 (18,95%) de los convenios colectivos analizados del año 2018. En este sentido, algunos convenios mencionan que este control se realizará en el domicilio del trabajador como es el caso del Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona “La Caixa” (art.35.4)³⁷⁹: “...*La Fundación Bancaria «La Caixa» podrá verificar el estado del enfermo o enferma mediante reconocimiento a cargo del personal médico que designe, en el domicilio de la persona afectada.*”

³⁷⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/26/pdfs/BOE-A-2018-2671.pdf>

³⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. et al., *La negociación colectiva y la protección social...* Op.cit., pág. 72-77.

³⁷⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/12/pdfs/BOE-A-2018-1900.pdf>

La negativa del empleado o empleada a dicho reconocimiento comportará la supresión del complemento acordado en el punto 1 del presente artículo”.

Por su parte, otros convenios colectivos remiten ese control a los partes médicos. Así, el XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal recoge en su artículo 80.3 lo siguiente³⁸⁰: *“Asimismo, los trabajadores podrán percibir, con cargo a la ONCE, el 100 por 100 del salario base, complementos de escala y de funciones superiores, en su caso, y antigüedad consolidada, durante los primeros días de inactividad por enfermedad hasta un máximo, en todo caso, de seis días naturales cada año natural y siempre que la enfermedad sea justificada documentalmente por el facultativo del Servicio Público de Salud...”*.

En diversos convenios colectivos se recoge este control médico y las consecuencias de la negativa del trabajador a estos controles³⁸¹. Así lo realiza, por ejemplo, el artículo 64 del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro³⁸²: *“La Caja podrá verificar el estado de enfermedad o incapacidad del empleado alegado por éste para justificar ausencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo del personal médico designado por la Institución. La negativa del empleado a dicho reconocimiento determinará la suspensión de beneficios económicos a cargo de las Cajas para dichas situaciones”*. En el mismo sentido, el artículo 80.4. del XVI. Convenio colectivo de la ONCE y su personal recoge lo siguiente³⁸³: *“Los trabajadores en situación de baja por incapacidad temporal sea cual sea la contingencia causante, deberán permitir las visitas de inspección de los profesionales médicos que la ONCE designe, y acudir a los reconocimientos que éstos soliciten, al objeto de efectuar la comprobación de la baja. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos o la no comparecencia sin alegar justa causa, podrá determinar la suspensión del derecho económico previsto en este artículo durante todo el resto del proceso de baja que le quedare desde que no compareció hasta el alta, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del régimen disciplinario. Asimismo, el percibo del complemento previsto en este artículo estará condicionado a la presentación puntual, en tiempo y forma, de los partes de baja y confirmación de I.T”*.

³⁸⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/18/pdfs/BOE-A-2018-660.pdf>

³⁸¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. et al., *La negociación colectiva y la protección social...* Op.cit., pág. 74.

³⁸² <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/10/pdfs/BOE-A-2018-4889.pdf>

³⁸³ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/18/pdfs/BOE-A-2018-660.pdf>

También existen convenios que atribuyen a la Mutua el control y seguimiento del estado de la salud del trabajador. Véase, por ejemplo, el Convenio colectivo de Agencia Servicios Mensajería, S.A., en su artículo 28.4³⁸⁴: “...En cualquiera de los puntos anteriores, la empresa para poder conceder el complemento indicado podrá solicitar al trabajador que se realice un reconocimiento médico completo en la Mutua de Trabajo. La negativa del trabajador eliminará a la empresa su obligación de complementar la incapacidad temporal cualquiera que sea el tipo de la misma”.

Una vez realizado el análisis del contenido de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social respecto a las cláusulas de incapacidad temporal, nos centraremos a continuación en el estudio cuantitativo: de todos los convenios analizados del año 2018, esto es, 95 en total, de los que 72 son del ámbito empresarial, 2 de fundaciones, 2 de corporaciones públicas y 19 del ámbito sectorial, 20 incorporan cláusulas estableciendo trato igualatorio entre las contingencias comunes y profesionales.

El absentismo es un índice que se relaciona en algunos convenios colectivos con la incapacidad temporal y en otros, la empresa se compromete a reducir dicho índice. Así, son 12 convenios colectivos en total los que recogen alguna referencia sobre el absentismo.

Siguiendo la facultad que le reconoce el Estatuto de los Trabajadores a las empresas respecto al mecanismo de control que pueden realizar para controlar las incapacidades temporales, algunos convenios colectivos analizados realizan alguna referencia al respecto. Así, 14 convenios colectivos recogen alguna referencia sobre este aspecto.

Parece lógico que muchos convenios colectivos realicen la diferenciación entre las contingencias comunes y profesionales y que se dé mayor protección a los últimos, bajo la responsabilidad de los empresarios ante un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Por tanto, no parece extraño que los convenios colectivos ofrezcan más cobertura para los supuestos profesionales. También resulta lógico que las empresas recojan en sus convenios colectivos la duración de la percepción de la prestación dependiendo el número de procesos de Incapacidad Temporal en la que se encuentre el trabajador³⁸⁵. Es decir,

³⁸⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/06/pdfs/BOE-A-2018-3157.pdf>

³⁸⁵ Al hilo de esta afirmación no debemos olvidar la cuestión prejudicial resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Ruíz Conejero, donde se concluye que el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores se opone al derecho de la Unión Europea. Declaró que el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78 del Consejo, relativa al

cuantas más bajas haya tenido el trabajador, menor será la duración de la prestación. Los procesos de Incapacidad Temporal afectan directamente al gasto de la empresa y es normal que se limiten en un período de tiempo. En este mismo sentido, puede resultar efectiva la vinculación del absentismo con la incapacidad temporal, como estrategia de la empresa para reducir el absentismo. También se puede entender la función de la empresa de controlar las incapacidades temporales para evitar gastos innecesarios.

2. MEJORA VOLUNTARIA RELACIONADA CON LA MATERNIDAD

La prestación económica de maternidad tiene como objetivo paliar los efectos económicos negativos que supone para el beneficiario suspender su contrato laboral por el descanso maternal. Así con dicha prestación se garantiza la percepción del 100% de la Base Reguladora para cubrir dicho déficit. Se puede equiparar dicha situación también con el riesgo durante el embarazo y con la paternidad³⁸⁶.

Si observamos en cambio las mejoras voluntarias que incorporan los convenios colectivos es destacable que las cláusulas referidas a la contingencia de maternidad/paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia son escasas, es decir, de los convenios colectivos del año 2018 analizados, únicamente recogen 15 convenios (15,79%) cláusulas referentes a dicho tema. Además, en general, los convenios colectivos que recogen esta contingencia reproducen lo mismo que reconoce la Ley General de la Seguridad Social, esto es, la prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente como se menciona en el artículo 179 de la LGSS. Lo mismo ocurre con el permiso de paternidad como podemos observar, por ejemplo, en el artículo 32 del Convenio colectivo estatal Claro Sol Facilities, SLU³⁸⁷: *El permiso de paternidad será el establecido en la Ley 9/2009, de 6*

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad.

³⁸⁶ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *La protección social plasmada en las cláusulas de los vigentes convenios colectivos (estatutarios y extraestatutarios) de empresa y supra-empresariales (provinciales, autonómicos o estatales)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pág. 12.

³⁸⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/01/pdfs/BOE-A-2018-1399.pdf>

de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, a salvo las posibles modificaciones legales que pudieran llevarse a cabo durante la vigencia del presente convenio colectivo. En consecuencia, se puede decir que no existe una mejora como tal, sino que se remite a la normativa establecida.

Asimismo, merece la pena destacar que existe una escasa autonomía reguladora respecto de la prestación de incapacidad temporal³⁸⁸. Esto es, en diversas ocasiones el reconocimiento de la mejora voluntaria de maternidad es una referencia dentro de la regulación del complemento de la incapacidad temporal. En algunas ocasiones se relaciona directamente con la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y otras veces con las contingencias comunes. El convenio colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades S.A., por ejemplo, relaciona la maternidad con las contingencias profesionales como se puede observar en su artículo 39³⁸⁹: “En los casos de I.T. derivada de accidente, enfermedad profesional y maternidad, la Compañía complementará, desde el primer día de la baja, la prestación abonada por la Seguridad Social hasta alcanzar el 100% de los siguientes conceptos:

- Sueldo Base.
- Gratificaciones Extraordinarias.
- Complemento de Antigüedad.
- Complemento de Vinculación.
- Plus Convenio.
- Complemento Salarial de Regularización...”.

Por su parte, otros convenios colectivos, como es el caso del VII. Convenio colectivo de Repsol S.A., lo relaciona con tanto con las contingencias profesionales como las comunes en su artículo 34³⁹⁰: “En los casos de baja por IT derivada de accidente, enfermedad común, periodos de hospitalización, enfermedad profesional o maternidad, la empresa complementará, desde el primer día de la baja, la prestación abonada por la Seguridad Social hasta garantizar el 100 por 100 del salario base, así como de los complementos retributivos fijos que el trabajador venga percibiendo”. Por lo tanto, se puede observar que existe un número escaso de convenios colectivos que mencionan la maternidad o el riesgo

³⁸⁸ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Parte I...Op.cit.*, pág. 140.

³⁸⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/14/pdfs/BOE-A-2018-6435.pdf>

³⁹⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/17/pdfs/BOE-A-2018-10049.pdf>

durante el embarazo como un régimen aparte o independiente a la regulación de la incapacidad temporal. Concretamente, de los convenios colectivos analizados, 6 son los que establecen una regulación particular. Es el caso del Convenio colectivo de Sintax Logística, S.A. que realiza una regulación específica de la protección al embarazo y a la maternidad, en su artículo 25³⁹¹: “1. *Permiso por lactancia: El permiso retribuido por lactancia diario hasta los nueve meses del niño, podrá sustituirse a voluntad del trabajador/a:*

a) Por la reducción de la jornada en los términos previstos legalmente, al inicio o al final de la misma.

b) Por acumulación de las mismas, disfrutando de tres semanas acumulables al período de permiso maternal, que se realizarán ininterrumpidamente y a continuación del mismo.

Ambas opciones podrán ser disfrutadas indistintamente por el padre o la madre en el caso de que ambos trabajen.

En el supuesto que el trabajador/a opte por la acumulación de horas, deberá solicitarlo al menos con 15 días de antelación a la conclusión del período del permiso por maternidad.

En el supuesto de parto múltiple, se estará a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la duración del permiso.

2. Vacaciones: Las vacaciones correspondientes al año del nacimiento del hijo, siempre que no se hubieran podido disfrutar con anterioridad por causa del descanso maternal, podrán disfrutarse, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

3. Cobertura de bajas por maternidad, excedencias y reducción de la jornada: En los supuestos de permiso por maternidad, reducción de jornada, excedencia con reserva de puesto de trabajo y suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia, si la Empresa lo considera necesario, se cubrirán los puestos de trabajo mediante contratos de interinidad.

4. Salud y seguridad durante el embarazo: A partir de la notificación por parte de la trabajadora a la Empresa de su embarazo, se evaluará su puesto de trabajo para adoptar, en caso de que fuera necesario, las medidas preventivas oportunas, para evitar que puedan estar expuestas a situaciones de riesgo que afecten a su salud o a la del feto, salvo que esta circunstancia ya este contemplada en la evaluación de riesgos laborales de la Empresa.

³⁹¹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/26/pdfs/BOE-A-2018-1062.pdf>

5. *Reducción de jornada: En materia de reducción de jornada por guarda legal, se estará a lo que dispone el vigente artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores.*

6. *Flexibilidad horaria: En esta materia, se estará a lo dispuesto por el vigente artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores”.*

Por último, se puede observar que pocos convenios colectivos mencionan los complementos de las prestaciones por riesgo durante el embarazo³⁹², en concreto únicamente 2 de los convenios analizados. Es el caso del XVI. Convenio colectivo de la ONCE y su personal, que en su artículo 80 otorga la misma regulación al riesgo durante el embarazo que la maternidad y paternidad.

3. PRESTACIONES FAMILIARES

Las prestaciones familiares están destinadas a cubrir la situación de necesidad económica o de exceso de gastos³⁹³ que produce para determinadas personas, la existencia de responsabilidades familiares.

Las prestaciones relacionadas con el ámbito familiar son las cláusulas que aluden por ejemplo a las ayudas por matrimonio, natalidad, familiares con discapacidad y estudios³⁹⁴. Podemos observar en la siguiente tabla el número de convenios colectivos analizados que recogen dichas materias:

Figura 5. Datos cuantitativos sobre convenios colectivos que recogen prestaciones familiares

CLÁUSULAS	CONVENIOS COLECTIVOS
Matrimonio	7
Natalidad	3
Matrimonio = Natalidad	3
Ayuda a hijos y cónyuge discapacitado	28
Ayuda a estudios	29

Fuente: Elaboración propia.

³⁹² GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Parte I...Op.cit.*, pág. 144.

³⁹³ GALLARDO MOYA, R. “Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva...”, *Op.cit.*, pág. 482-483.

³⁹⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. et al., *La negociación colectiva y la protección social... Op.cit.*, pág. 126-130.

Respecto a las ayudas económicas destinadas al matrimonio o nupcialidad, hay que destacar que son pocos (7) los convenios colectivos que recogen mejoras voluntarias sobre esta materia. Además, cuando se regula sobre la nupcialidad en algunas ocasiones se realiza una regulación conjunta con la natalidad como ocurre en 3 convenios colectivos de los analizados. Así lo fija, por ejemplo, el artículo 42 del Convenio colectivo de Placas de Piezas y Componentes de Recambio, S.A.³⁹⁵: “A todo el personal de la plantilla de la Empresa se le concederán las siguientes percepciones durante la vigencia del Convenio, en los casos que se citan, previa justificación y siempre que lo solicite en el plazo máximo de un año desde la fecha del hecho causante:

a) A cada trabajador/a de la Empresa que contraiga matrimonio o se inscriba en el registro de parejas de hecho: 207,97 euros.

b) Por nacimiento o adopción de cada hijo/a: 207,97 euros.

Para los años 2018 y 2019 estos importes se actualizarán en el mismo porcentaje previsto para el salario de convenio”.

Asimismo, algunos convenios colectivos, concretamente 3 de todos los analizados, equiparan esta situación civil con la pareja de hecho. Entre los que equipara el matrimonio con la unión de hecho tenemos el Convenio Colectivo de Enesur Siglo XXI, S.L.³⁹⁶, y lo hace de la siguiente manera en su artículo 27: “Todo trabajador que contraiga matrimonio o pareja de hecho, con una antigüedad de dos años en la empresa, percibirá una gratificación por importe de una mensualidad, compuesta de: salario base de grupo, y complemento salarial personal”. Este mismo convenio como podemos observar en esta disposición, establece una referencia de antigüedad del trabajador a los efectos de reconocer dicha ayuda, que en este caso asciende a dos años.

En cuanto a las ayudas por nacimiento, 3 convenios colectivos de los analizados (3,16%) recogen la gratificación por nacimiento de manera independiente. De estos convenios algunos equiparan la situación de nacimiento con el de la adopción como lo hace en su artículo 42.b) del Convenio colectivo de Placas de Piezas y Componentes de Recambio, S.A.³⁹⁷: “...b) Por nacimiento o adopción de cada hijo/a: 207,97 euros...”. En cuanto a la cantidad de las ayudas varía según el convenio, que puede ir desde los 72 euros hasta los casi 231 euros y otros establecen

³⁹⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/08/pdfs/BOE-A-2018-1718.pdf>

³⁹⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/09/pdfs/BOE-A-2018-6209.pdf>

³⁹⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/08/pdfs/BOE-A-2018-1718.pdf>

una paga extraordinaria, como lo hace el artículo 28 del Convenio colectivo de Atlas S.A, Combustibles y Lubrificantes³⁹⁸: *Se establece con carácter general para todos los trabajadores, previa justificación, una ayuda única por contraer primer matrimonio y por nacimiento de cada hijo, equivalente a una paga extraordinaria de 1.532,43 € brutos, no revisable.*

Otra prestación habitual que se suele recoger en los convenios colectivos es la de la ayuda a familiares con discapacidad. Así, de los convenios colectivos analizados recogen este tipo de cláusula 28 de ellos que supone el 29,47%. La mayoría de las cláusulas fijan esta ayuda tanto para los hijos discapacitados como para los cónyuges en la misma situación. Por ejemplo, lo podemos constatar en el artículo 29 del Convenio colectivo de Cervezas San Miguel, S.A.³⁹⁹: *“Los trabajadores que tengan a su cargo hijos, cónyuge, padres o hermanos, con discapacidad en grado no inferior al 33%, tendrán derecho a percibir una ayuda mensual de 57,57 € para 2017 por persona discapacitada, previa justificación documental de las circunstancias que dan lugar a la ayuda ante la Dirección de Personas y Organización de su centro”.* Asimismo, algunos convenios colectivos recogen ayudas al propio trabajador cuando sufre de alguna discapacidad, como ocurre, por ejemplo, en el artículo 92 del Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa, el cual dispone de un fondo destinado a dichas situaciones⁴⁰⁰: *“Se creará un fondo social para facilitar la integración en la vida cotidiana del personal empleado que tenga una discapacidad igual o superior al 33%. Este fondo será gestionado y administrado por el área de Atención Social atendiendo a las circunstancias de cada caso”.* Por otra parte, algunos convenios colectivos no realizan ninguna distinción entre los discapacitados psíquicos y físicos. Se puede verificar además que algunos convenios colectivos requieren una antigüedad mínima del trabajador para poder percibir dichas ayudas, como es el caso del XXIV. Convenio colectivo de Mantenimiento y Montajes Industriales, S.A.⁴⁰¹: *“Cuando el trabajador, con una antigüedad mínima de un año en la empresa, tenga a su cargo un hijo con las circunstancias de discapacidad física o psíquica, o enfermedad congénita de larga duración, que suponga una discapacidad de entre el 33 % y el 65%, y en los casos de discapacidad igual o superior al 65% la Empresa abonará una ayuda anual de:*

³⁹⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/28/pdfs/BOE-A-2018-2810.pdf>

³⁹⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/02/pdfs/BOE-A-2018-1462.pdf>

⁴⁰⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/28/pdfs/BOE-A-2018-2815.pdf>

⁴⁰¹ Artículo 32. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/24/pdfs/BOE-A-2018-5591.pdf>

	2017	2018
<i>Discapacidad de entre el 33% y 65%</i>	730 €/año	730 €/año
<i>Discapacidad igual o superior al 65%</i>	1.130 €/año	1.130 €/año”

En cuanto a las cantidades de las ayudas, la regulación es diversa: mientras algunos regulan unas cantidades mensuales, otros establecen cantidades anuales.

En último lugar, entre las prestaciones familiares encontramos diversas cláusulas destinadas a la ayuda en los estudios. De los convenios colectivos analizados, 29 recogen alguna cláusula relacionada con este tema, es decir, el 30,53%. Algunos convenios colectivos extienden esta ayuda desde el nacimiento del hijo hasta incluso la universidad como es el caso, por ejemplo, del artículo 31 del Convenio colectivo de Ener-sur Siglo XXI, S.L.⁴⁰². En este mismo convenio además de establecer una cuantía por los estudios, se recogen varios requisitos para poder percibir dicha ayuda: se le exige al trabajador un año de antigüedad en la empresa, justificante de la matrícula o documento acreditativo y en caso de que los dos progenitores sean trabajadores de la empresa no se duplica la cuantía. Asimismo, el mismo convenio determina en qué fecha se abonará dicha cuantía, que en este caso se hará en la nómina del mes de octubre de cada año. Asimismo, existen convenios colectivos que establecen ayudas a los estudios del personal, costeándoles de manera total o parcial la matrícula, siempre que la formación o los estudios estén relacionados con los intereses de la empresa. Es el caso del artículo 32 del Convenio colectivo de La Veneciana, S.A.⁴⁰³: “*Se podrá acceder al sistema de ayudas para estudios por el personal en activo de la empresa que curse estudios reconocidos por el Estado en centros públicos o privados ubicados en el Estado Español, aplicándose la ayuda que se establece en el siguiente baremo para la duración de vigencia del presente convenio, en función del tipo de estudios, y presentando el documento original de matrícula al Departamento de RRHH:*

Formación Profesional, Bachiller, COU, Selectividad: 60 euros brutos anuales, a percibir durante un tiempo máximo equivalente a la duración oficial de los estudios.

Estudios Universitarios: 100 euros brutos anuales.

Estudios de Postgrado: 120 euros brutos anuales”.

⁴⁰² <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/09/pdfs/BOE-A-2018-6209.pdf>

⁴⁰³ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/08/01/pdfs/BOE-A-2018-10979.pdf>

Estas ayudas, en el caso de niños pequeños, puede facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, debido a que la empresa aporta una ayuda a la familia para el coste de las guarderías. Además, la ayuda al mismo trabajador por seguir formándose y estudiando fuera de su empresa puede resultar un ahorro para el empresario y al mismo tiempo más competitividad y conocimiento dentro de la misma.

4. MEJORAS VOLUNTARIAS VINCULADAS CON LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Las prestaciones por muerte y supervivencia están destinadas a compensar la situación de necesidad económica que producen para determinadas personas el fallecimiento de otras.

Es habitual que los convenios colectivos establezcan cláusulas relacionadas con la incapacidad permanente y con la muerte y supervivencia al igual que recogen la incapacidad temporal. Concretamente, 57 convenios colectivos de los analizados recogen dichas materias, lo que supone el 60%. La mayoría de ellos lo hace a través de un contrato de seguro o póliza externa⁴⁰⁴. Algunos convenios colectivos, además, establecen un período de tiempo que la empresa dispone para poder articular dicho contrato o póliza. Es el caso del Convenio colectivo Ferrovial Servicios, S.A., y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes, en su artículo 70⁴⁰⁵: *“En el plazo de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de este Convenio la Compañía presentará a las Centrales Sindicales firmantes del mismo, distintas alternativas de seguros de vida, robo y accidentes para la plantilla, destinando a esta partida la cantidad total de setenta y cinco mil euros (75.000 euros). Una vez aprobado una propuesta, por acuerdo entre Empresa y Centrales Sindicales firmantes, la Compañía suscribirá la póliza acordada en el plazo de los tres meses siguientes e informará a toda la plantilla de las coberturas de la póliza...”*. En algunos convenios colectivos se fija que la póliza concertada por la empresa debe ser trasladada a la representación de los trabajadores como es el caso del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad⁴⁰⁶: *“...Las empresas estarán obligadas a hacer entrega de una copia de la póliza a los representantes de los trabajadores que así lo soliciten, a los efectos de conocer los riesgos cubiertos y la cuantía de la misma”*.

⁴⁰⁴ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN C., “La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias...”, *Op.cit.*, pág. 298.

⁴⁰⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/26/pdfs/BOE-A-2018-1063.pdf>

⁴⁰⁶ Artículo 48. <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/01/pdfs/BOE-A-2018-1400.pdf>

El objeto de este tipo de cláusulas suele ser una indemnización por dicha invalidez o muerte. En el caso de la invalidez, la cantidad de la indemnización dependerá del grado de incapacidad, esto es, habrá que determinar si estamos ante una incapacidad permanente total para su profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo o gran invalidez⁴⁰⁷. En este último supuesto la indemnización será la más alta. Estas indemnizaciones serán complementarias de las prestaciones de la Seguridad Social. Una gran mayoría de convenios colectivos que recogen este tipo de cláusulas establecen como beneficiarios de estas indemnizaciones o ayudas a todos los trabajadores de la empresa como se puede observar, por ejemplo en el artículo 52 del Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias⁴⁰⁸: “A partir de la publicación del presente convenio, y por todo el periodo que reste de vigencia, las empresas afectadas por el mismo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de los trabajadores por un capital de...”.

En algunos casos, también se incluyen a los ex trabajadores o jubilados anticipadamente como se puede observar en el artículo 33.2 del Convenio colectivo de La Veneciana, S.A.⁴⁰⁹: “...A) Se beneficiarán de las garantías establecidas: 2. Los jubilados anticipadamente, entre los sesenta y la edad ordinaria de jubilación establecida en cada momento por la legislación, hasta que termine la anualidad en que cumplan la edad ordinaria de jubilación establecida en cada momento por la legislación”. También cabe citar que algunos convenios colectivos determinan el momento del hecho causante como requisito para poder percibir dicha ayuda, esto es, exigen estar en situación de activo cuando ocurre el siniestro. Podemos constatarlo en el artículo 39.3. del Convenio colectivo de Placas de Piezas y Componentes de Recambios, S.A.⁴¹⁰: “... Las coberturas de estos seguros alcanzan a la totalidad de la plantilla de la Empresa en situación de activo, entendiéndose también como tal, la situación de incapacidad temporal, hasta el máximo previsto en la legislación vigente”.

Respecto a la concreción de los beneficiarios, existen convenios donde se enumeran y ordenan los beneficiarios, pero en otros casos el convenio colectivo deja al trabajador designar libremente a los beneficiarios.

⁴⁰⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. et al., *La negociación colectiva y la protección social...* Op.cit., pág. 97.

⁴⁰⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/06/pdfs/BOE-A-2018-3154.pdf>

⁴⁰⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/08/01/pdfs/BOE-A-2018-10979.pdf>

⁴¹⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/08/pdfs/BOE-A-2018-1718.pdf>

En algunos casos, también se combinan las dos modalidades como es el caso del IV. Convenio colectivo de Axión Infraestructuras de Telecomunicaciones, SAU (art.27)⁴¹¹: “...Beneficiarios: Los designados por el trabajador/a, previa notificación expresa a la Compañía de Seguros a través de la Empresa, en defecto de designación se consideran beneficiarios el cónyuge viudo, los hijos del matrimonio a partes iguales, los padres del asegurado y los herederos legales”.

Además de las ayudas relacionadas con la Incapacidad Permanente, Muerte y Supervivencia, apenas hay convenios colectivos que recogen la responsabilidad civil de la empresa. Concretamente, son 4 los convenios colectivos (4,21%) que prevén dicha cláusula. A modo de ejemplo podemos observar el artículo 49 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad⁴¹²: “Las Empresas adscritas al presente Convenio vendrán obligadas a suscribir Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil por importe, de al menos 142.725,12 para el año 2017, 145.579,62 euros para el año 2018, 148.491,21 euros para el año 2019 y 151.461,03 euros para el año 2020 con los efectos y consecuencias comprendidas en la Ley del Contrato de Seguro”. Además de la responsabilidad civil, uno de los convenios colectivos analizados, incluye también la asistencia jurídica. Es el caso del VI. Convenio colectivo de Diario ABC, S.L., en su artículo 46⁴¹³: “Los gastos y costas de procedimientos judiciales, incluidas, en su caso, las fianzas u otras medidas cautelares económicas en que se vean inmersos los trabajadores de plantilla de la empresa como consecuencia de trabajos periodísticos o de otra naturaleza, propios de su función, encomendados y/o autorizados por la Dirección, serán cubiertos por la empresa, que designará los abogados y procuradores a través de los cuales habrá de presentarse la correspondiente asistencia jurídica. Las declaraciones de condenas en costas a favor de los trabajadores revertirán, en tales casos, en la empresa...”.

5. SEGURO MÉDICO PRIVADO

El seguro médico privado es reconocido por varios convenios colectivos, en concreto por 13 de los convenios analizados (24,21%). En la mayoría de los convenios colectivos analizados, la asistencia sanitaria privada se articula a través de una póliza de seguro médico privado al que se adhiere la empresa, en algunos casos expresando cuál es di-

⁴¹¹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/28/pdfs/BOE-A-2018-2818.pdf>

⁴¹² <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/01/pdfs/BOE-A-2018-1400.pdf>

⁴¹³ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/06/pdfs/BOE-A-2018-3155.pdf>

cha aseguradora como ocurre por ejemplo en el Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa». En su artículo 38 determina que la asistencia médica suscribe con SegurCaixa Adeslas. Igualmente, el convenio colectivo del Grupo Bebidas Naturales también ha concertado con Adeslas, mientras que XVII. Convenio colectivo de Petróleos del Norte, S.A. lo firma con IMQ. El resto de los convenios colectivos analizados no determinan con quién han suscrito su póliza. No obstante, como hemos podido observar en los convenios analizados, ninguno ofrece la asistencia sanitaria con sus propios medios, sino que los externalizan a través de este tipo de compañías.

En cuanto a los beneficiarios de este servicio, se puede observar que la mayoría de los convenios colectivos amplían su cobertura a los familiares de éstos, aunque con ciertos requisitos. Algunos no limitan esta cobertura, sino que establecen una fórmula genérica como ocurre en el artículo 70 del Convenio colectivo de Ferrovial Servicios, S.A. y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes⁴¹⁴: “...*El seguro médico podrá ser concertado para el trabajador y los familiares que en cada caso se determinen...*”. Sin embargo, otros convenios colectivos analizados únicamente reconocen este derecho a sus trabajadores, sin poder ampliar dicha cobertura a sus familiares. Esto ocurre en el artículo 35 del VII. Convenio colectivo Repsol, S.A⁴¹⁵: “*Todos los trabajadores tendrán derecho a la póliza de asistencia sanitaria que la empresa tiene contratada actualmente, comprendiendo exclusivamente al titular y con el coste del 100% a cargo de la empresa*”. Cuando se mencionan hijos o descendientes como beneficiarios, algunos convenios establecen una limitación de edad que varía dependiendo del convenio colectivo. Así, algunos convenios establecen la edad máxima a los 16 años y otros lo hacen a los 18 años. Por ejemplo, el artículo 29 del IV. Convenio colectivo de Axióon Infraestructuras de Telecomunicaciones, SAU recoge lo siguiente⁴¹⁶: “*La empresa concertará con una compañía de seguros la asistencia médica privada, siendo asegurado el trabajador y beneficiarios los hijos menores de 16 años...*”. Por su parte, el XVI. Convenio colectivo de la ONCE y su personal, en su artículo 81 establece que “...*el derecho a la prestación se reconoce a todos los trabajadores, así como a sus cónyuges, parejas de hecho, e hijos menores de 18 años, que cumplan con sus obligaciones de pago, a*

⁴¹⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/26/pdfs/BOE-A-2018-1063.pdf>

⁴¹⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/16/pdfs/BOE-A-2018-6529.pdf>

⁴¹⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/28/pdfs/BOE-A-2018-2818.pdf>

título de asegurados...”⁴¹⁷. También recoge algún convenio analizado la posibilidad de mantener dicho seguro médico una vez jubilado, como es el caso del Convenio colectivo de Fertiberia, S.A. en su artículo 29, que establece que “...se procurará que los trabajadores y sus beneficiarios, una vez aquéllos alcancen la jubilación total, puedan continuar en la Póliza haciéndose cargo directamente del pago de la prima”.

Siguiendo el hilo, existen diferencias respecto del coste que asume la empresa en cada caso, siendo en todos los casos, como parece lógico, un porcentaje superior en caso de los empleados propios que los familiares de éstos. Podemos constatar esta diferenciación, por ejemplo, en el artículo 29 del IV. Convenio colectivo de Axión Infraestructuras de Telecomunicaciones, SAU⁴¹⁸: “La empresa concertará con una compañía de seguros la asistencia médica privada, siendo asegurado el trabajador y beneficiarios los hijos menores de 16 años.

No obstante, el trabajador que se encuentre incluido en la póliza, podrá solicitar la incorporación en la misma, del cónyuge e hijos mayores:

En caso del cónyuge, la empresa asume el 50% de la prima y el/la trabajador/a asumirá el 50% restante.

En caso de hijos mayores, el/la trabajador/a deberá abonar la prima correspondiente (coste empresa)...”.

En esta misma línea podemos observar el II. Convenio colectivo de Alcor Seguridad S.L.⁴¹⁹, que establece lo siguiente: “...La aportación de la empresa será del 100% del importe total de la prima básica correspondiente al trabajador, con posibilidad de ampliar dicha póliza a familiares(cónyuge e hijos) con un complemento que será a cargo del trabajador.

Serán también a cargo del trabajador, las coberturas opcionales que permitan ampliar los servicios de la Póliza contratada”. Además, en muchos de los convenios colectivos analizados se determina que las cuotas de la póliza se descontarán de la nómina mensual, como es el caso del artículo 29 del Convenio colectivo de Fertiberia, S.A.⁴²⁰: “...La Empresa contratará un seguro médico, del que será tomadora, para los trabajadores y sus beneficiarios (pareja e hijos) que voluntariamente se adscriban, descontando en sus nóminas el importe de las primas...”.

⁴¹⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/18/pdfs/BOE-A-2018-660.pdf>

⁴¹⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/28/pdfs/BOE-A-2018-2818.pdf>

⁴¹⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/03/23/pdfs/BOE-A-2018-4086.pdf>

⁴²⁰ <https://boe.es/boe/dias/2018/08/06/pdfs/BOE-A-2018-11251.pdf>

Para poder ser beneficiario de este seguro, algunos convenios colectivos exigen una antigüedad mínima que deberán cumplir los trabajadores y que será distinta dependiendo del convenio aplicable. Así, algunos determinan que será necesaria una antigüedad de un año y un día, otros un año y otros un período mínimo de 6 meses. Podemos observar, por ejemplo, que el Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa», establece una antigüedad mínima de 6 meses en su artículo 38: *“La Fundación Bancaria «La Caixa» procederá a la contratación gratuita, para toda la plantilla activa de trabajadores de la entidad con una antigüedad mínima de seis meses, de una póliza colectiva de asistencia sanitaria que comercializa la compañía SegurCaixa Adeslas...”*.

Algún convenio colectivo menciona específicamente las prestaciones que cubre el seguro contratado. Así, por ejemplo, el artículo 38 del Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa», establece que *“...esta póliza contemplará los servicios sanitarios de atención primaria, especialistas, atención hospitalaria y una revisión médica anual a petición de la persona interesada. El establecimiento y determinación en cada momento de las condiciones de la mencionada póliza, en la cobertura de las contingencias antedichas, así como la contratación de la misma, serán potestad y correrán a cargo de la Fundación Bancaria «La Caixa»”*. Al mismo modo, el XVI. Convenio colectivo de la ONCE y su personal determina que además de la asistencia sanitaria, cubre la asistencia dental en su artículo 81.

Por último, en algunos convenios colectivos existe el deber de informar a los representantes de los trabajadores de las condiciones de la póliza como ocurre en el artículo 107 del Convenio colectivo de BP Oil España, SAU, para sus centros de trabajo en Madrid y Las Palmas⁴²¹: *“Los empleados de la Compañía «BP Oil España, S.A.U.», disfrutarán de una póliza médica especial que tiene como finalidad atender enfermedades graves que requieran intervención quirúrgica y/u hospitalización cuyo tratamiento en organismos médicos privados sea especialmente oneroso según póliza actual vigente, copia de la cual se entregará a la representación legal de los empleados”*. El objetivo principal de esta obligación es que los trabajadores tengan completa información sobre la póliza y así lo establece el artículo 23.1. del Convenio colectivo del Grupo Bebidas Naturales⁴²²: *“...La empresa informará a la Representación Legal de los*

⁴²¹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/06/pdfs/BOE-A-2018-1591.pdf>

⁴²² <https://www.boe.es/boe/dias/2018/06/28/pdfs/BOE-A-2018-8919.pdf>

Trabajadores sobre el procedimiento de gestión de las pólizas, altas, precio, especialidades, etc., de modo que los trabajadores tengan completa información sobre el particular”.

6. PREMIO DE VINCULACIÓN

Algunos convenios colectivos, como manera de agradecimiento a los trabajadores por su dedicación y permanencia en la empresa reconocen un premio de vinculación. Cualquier gratificación se caracteriza por la unilateralidad de la iniciativa, es decir, son otorgadas por iniciativa del empleador; y, además, tienen un carácter extraordinario de pago. Exactamente, 10 convenios colectivos estatales analizados acogen dicha cláusula, lo que supone el 10,53%.

Para percibir dicho premio, la mayoría de los convenios colectivos establecen como requisito una antigüedad mínima que varía dependiendo del convenio y también la cantidad del premio que se recibirá será distinta⁴²³. Así, podemos observar que la antigüedad recogida por los convenios colectivos analizados va desde los 25 años hasta los 35 años. En el caso del artículo 28.4. del Convenio colectivo de Fertibería, S.A, se determina una antigüedad de 25 o 30 años⁴²⁴: *“A los trabajadores que cumplan 25 ó 30 años de antigüedad en la Empresa, de forma ininterrumpida, se les abonará en la nómina del mes de su cumplimiento el importe correspondiente a una o a dos mensualidades de salario, respectivamente...”*. Esta antigüedad mínima exigida determina en ocasiones la cantidad del premio, ya que aumentará en función de los años de permanencia. A modo de ejemplo traemos a colación el artículo 55 del Convenio colectivo de Praxair España SLU, para sus centros de trabajo en las provincias de Barcelona, Castellón, Córdoba, Guipúzcoa, Madrid, Málaga, Murcia, Navarra, Pontevedra, Valencia, Vizcaya y Zaragoza, que contiene la siguiente cláusula⁴²⁵: *“Se establece un premio de vinculación para premiar a las personas trabajadoras en función de la suma de los años de servicios prestados a La Empresa.*

- a) A los 25 años de servicio en La Empresa, una mensualidad del Salario Base, Complemento de Convenio, Complemento Personal, Complemento de Mejora, Prima Media y Antigüedad. Además, percibirá un obsequio de la Empresa.

⁴²³ GALLARDO MOYA, R., “Las mejoras complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva...”, *Op.cit.*, pág. 481.

⁴²⁴ <https://boe.es/boe/dias/2018/08/06/pdfs/BOE-A-2018-11251.pdf>

⁴²⁵ <http://convenios.ugtandalucia.es/gestion/ficheros/2018-07-31%20%20Praxair.pdf>

- b) A los 35 años de servicio en La Empresa, dos y media mensualidades del Salario Base, Complemento de Convenio, Complemento Personal, Complemento de Mejora, Prima Media y Antigüedad. Además, percibirá un obsequio de la Empresa...”.

En algunos convenios colectivos, es requisito esencial para poder percibir dicha cantidad la aceptación de la propuesta del trabajador, como ocurre en el artículo 48 del Convenio colectivo de ESC Servicios Generales, S.L.⁴²⁶: *“Los trabajadores que acepten la propuesta de la empresa de causar baja voluntaria en la misma, tendrán derecho a un premio de vinculación...”*.

El premio que se percibe puede tener carácter salarial, que suele ser lo habitual, u otro carácter material, como puede ser un homenaje colectivo o un obsequio. Uno de esos ejemplos lo encontramos en el artículo 71 del Convenio colectivo de Alstom Transporte, S.A.⁴²⁷: *“...Se celebrará un homenaje colectivo cuando el número de homenajeados fuera equivalente o superior al 4 % de la plantilla...”*. Por su parte, el Convenio colectivo de Praxair España, SLU, para sus centros de trabajo en las provincias de Barcelona, Castellón, Córdoba, Guipúzcoa, Madrid, Málaga, Murcia, Navarra, Pontevedra, Valencia, Vizcaya y Zaragoza, determina dos premios conjuntos, esto es, la cantidad mensual junto a un obsequio de la empresa, como podemos apreciar en su artículo 55⁴²⁸: *“Se establece un premio de vinculación para premiar a las personas trabajadoras en función de la suma de los años de servicios prestados a La Empresa.*

- a) A los 25 años de servicio en La Empresa, una mensualidad del Salario Base, Complemento de Convenio, Complemento Personal, Complemento de Mejora, Prima Media y Antigüedad. Además, percibirá un obsequio de la Empresa.
- b) A los 35 años de servicio en La Empresa, dos y media mensualidades del Salario Base, Complemento de Convenio, Complemento Personal, Complemento de Mejora, Prima Media y Antigüedad. Además, percibirá un obsequio de la Empresa...”.

También existe un convenio, concretamente el Convenio colectivo de Nuclenor, S.A.⁴²⁹, en su artículo 44, que reconoce unas horas adicionales como premio que pueden añadirse a las vacaciones retribuidas: *“...se reconoce al personal el disfrute de 40 horas y 80 horas adicionales...”*.

⁴²⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/04/pdfs/BOE-A-2018-4608.pdf>

⁴²⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/18/pdfs/BOE-A-2018-5309.pdf>

⁴²⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/31/pdfs/BOE-A-2018-10910.pdf>

⁴²⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/01/pdfs/BOE-A-2018-1398.pdf>

les a las reglamentarias de vacaciones retribuidas, al cumplir 35 años y 40 años, respectivamente, de permanencia ininterrumpida en la empresa...”. Asimismo, el Convenio colectivo de Grupo Parcial Cepsa⁴³⁰, en su artículo 87, otorga como premio medallas: “Cada una de las empresas afectadas por el presente Convenio concederá a su personal empleado medallas de oro, plata y bronce, al objeto de premiar los años de permanencia en el Grupo CEPSA.

A la persona empleada que pase a la situación de pasivo, le corresponderá también medalla de la compañía, siempre que el cambio a dicha situación y la fecha del cumplimiento que genera tal derecho coincidan dentro del año natural.

Las medallas se concederán con arreglo a la siguiente escala:

- De oro, al personal con treinta y cinco años de servicio.
- De plata, al personal con veinticinco años de servicio.
- De bronce, al personal con quince años de servicio.”

En cuanto a la cantidad salarial que uno puede percibir hay que destacar que varía según cuál sea el convenio colectivo aplicable. Así, se hallan cantidades que van desde los 800 euros a 7000 euros, y otros convenios hacen referencia a una, dos o dos y media mensualidades. Así lo consta, por ejemplo, el artículo 28.4 del Convenio colectivo de Fertiberia, S.A.⁴³¹: “A los trabajadores que cumplan 25 ó 30 años de antigüedad en la Empresa, de forma ininterrumpida, se les abonará en la nómina del mes de su cumplimiento el importe correspondiente a una o a dos mensualidades de salario, respectivamente...”. Este mismo artículo, posteriormente determina que es lo que se considera salario y que no, y lo hace de la siguiente manera: “...Para el cálculo de la mensualidad de salario se incluirán los importes brutos de los conceptos retributivos que se perciben en jornada ordinaria: Salario de Nivel, Antigüedad, Ad Personam, Pluses derivados de las condiciones de trabajo, Retén de Mantenimiento, Plus de Turnidad etc., y no se incluirán los conceptos de compensación de jornada extraordinaria: Horas extraordinarias, Plus de Llamada etc., ni los suplidos e indemnizaciones...”. Además, algún convenio colectivo prevé que el momento de dicho cobro sea dentro del mismo mes en que cumpla los años de servicio o se determina un mes concreto como lo hace el Convenio colectivo de Alstom Transporte, S.A., que establece el mes de noviembre del año natural que corresponda como fecha de abono de la cantidad.

⁴³⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/28/pdfs/BOE-A-2018-2815.pdf>

⁴³¹ <https://boe.es/boe/dias/2018/08/06/pdfs/BOE-A-2018-11251.pdf>

7. JUBILACIÓN

La prestación por jubilación cubre la pérdida de ingresos que sufre una persona cuando, alcanzada la edad establecida, cesa en el trabajo por cuenta ajena o propia, poniendo fin a su vida laboral, o reduce su jornada de trabajo y su salario en términos legalmente establecidos⁴³².

La materia de la jubilación es contemplada por parte de la negociación colectiva como un instrumento o herramienta de la política de empleo, más que como una contingencia a mejorar⁴³³.

De los convenios colectivos aprobados desde enero de 2018 hasta agosto de 2018, únicamente son 10 los convenios colectivos que albergan cláusulas relacionadas con esta materia lo que supone una escasa representación del 10,53%.

Muchos de los convenios colectivos analizados evitan la obligación legal de externalizar los compromisos en esta materia y buscan otras alternativas⁴³⁴. Por ejemplo, establecen unos determinados premios de jubilación, premios de fidelidad o antigüedad... Estos premios están más vinculados a políticas de empleo que a mejoras voluntarias⁴³⁵ y en algunas ocasiones suelen estar vinculados al alcance de la edad ordinaria de jubilación y en otras, a la jubilación anticipada. Suele tratarse de una cantidad a tanto alzado y generalmente se exige una antigüedad mínima en la empresa⁴³⁶. Así, lo podemos observar en el artículo 31 del Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización⁴³⁷: *1. Jubilación voluntaria anticipada. Los/las trabajadores/as afectados por el presente convenio, con antigüedad de al menos 15 años de trabajo en la empresa, que deseen jubilarse anticipadamente de mutuo acuerdo con la empresa, percibirán de ésta por una sola vez, si se jubilarán al cumplir la edad de:*

60 años 15 salarios base.

61 años 12 salarios base.

⁴³² http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Jubilacion/index.htm

⁴³³ GALA DURÁN, C., *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Parte II...Op.cit.*, pág.180.

⁴³⁴ *Ibid.* Pág.186-187.

⁴³⁵ *Ibid.* pág.184.

⁴³⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V. et al., *La negociación colectiva y la protección social... Op.cit.*, pág. 102-103.

⁴³⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/04/10/pdfs/BOE-A-2018-4888.pdf>

62 años 8 salarios base.

63 años 5 salarios base...”.

Podemos deducir fácilmente de este artículo que, cuanto más tarde se jubila el trabajador, menor es la cantidad que recibe por parte de la empresa. El objetivo de esta ayuda, es decir, incentivar para que sus trabajadores se jubilen antes de la edad ordinaria puede suponer para el empresario el ahorro salarial de éstos como una forma de realizar reestructuraciones dentro de la empresa. En otros casos, en vez de establecer una cantidad a tanto alzada, se determina teniendo en cuenta el salario, como en el caso del artículo 37 del Convenio colectivo de ingenieros de caminos y canales y puertos⁴³⁸: “... Si el trabajador se jubila anticipadamente, al menos con un año de antelación al cumplimiento de la edad legal de jubilación que le corresponda, el Colegio abonará un premio de jubilación del 3,5% del salario bruto anual por año trabajado del trabajador que se jubile, con el límite de hasta doce meses de salario.

Si el trabajador se jubila anticipadamente, al menos con un año de antelación al cumplimiento de la edad legal de jubilación que le corresponda, el Colegio abonará un premio de jubilación del 3,5% del salario bruto anual por año trabajado del trabajador que se jubile, con el límite de hasta ocho meses de salario.

Llegada la edad legal de jubilación que corresponda a cada trabajador si se jubila efectivamente en el plazo de tres meses, el Colegio abonará un premio de jubilación del 3,5% del salario bruto anual por año trabajado del trabajador que se jubile, con el límite de hasta seis meses de salario”.

Se puede constatar también que la mayoría de los convenios analizados hacen mención al premio de jubilación, pero uno de los convenios analizados menciona el “premio a la dedicación”. Es el caso del artículo 26 del Convenio colectivo de Enersur Siglo XXI, S.L.⁴³⁹: “Premio a la dedicación. Se establece un premio para todo el personal que se jubile en su edad reglamentaria y no solicite la baja voluntaria en la empresa en los términos del artículo n.º 41 de este convenio, y con una antigüedad igual o superior a los veinte años; consistente en dos pagas compuestas cada una por: salario base de grupo y complemento salarial personal”.

Asimismo, existen convenios colectivos que concretan el momento de solicitud de la gratificación por jubilación, como es el caso del Convenio estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización:

⁴³⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/06/04/pdfs/BOE-A-2018-7450.pdf>

⁴³⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/09/pdfs/BOE-A-2018-6209.pdf>

“...Para ello, los trabajadores deberán solicitarlo por escrito a la empresa. El escrito de solicitud de acogerse a la jubilación parcial deberá ir acompañado de certificación original de vida laboral del trabajador, y tendrá que ser presentado con una antelación de, al menos, tres meses a la fecha prevista para la jubilación” (art. 31). En este mismo artículo podemos observar la obligación de presentar junto al escrito de solicitud el certificado original de la vida laboral.

En algún convenio colectivo también se determina cuándo se pierde el derecho al premio de jubilación como menciona el artículo 38 del Convenio colectivo de Placas de Piezas y Componentes de Recambio, S.A.⁴⁴⁰: *“...El derecho al complemento por jubilación se perderá si el/la trabajador/a continuase prestando servicios después del mes en el que cumpla la edad ordinaria de jubilación dispuesta en la legislación vigente en cada momento, salvo que no reúna el tiempo mínimo necesario para causar derecho a la pensión pública de jubilación, en cuyo caso, continuará integrado en este sistema por el tiempo indispensable para ello”*.

Asimismo, algunos convenios colectivos recogen cláusulas sobre la jubilación, pero únicamente disponen de una remisión a la legislación, como es el caso del artículo 69 del Convenio colectivo de Auxiliar Logística Aeroportuaria, S.A.⁴⁴¹: *“En el marco de la política de fomento de la contratación estable y de calidad contemplada en el presente convenio, se establecen las siguientes medidas en materia de jubilación de los trabajadores.*

La empresa posibilitará el acceso de los trabajadores a la jubilación parcial, de acuerdo con la legislación vigente en cada momento sobre esta materia, en los términos y condiciones que se establecen a continuación:

- Los trabajadores que cumplan los requisitos marcados por la ley y que quieran acceder a esta modalidad de jubilación, deberán solicitarlo a la empresa, que en caso de desacuerdo deberá informar a la representación sindical las objeciones y circunstancias que motivan la denegación.*
- La prestación del % de jornada residual a realizar por el trabajador relevado se podrá acumular para ser realizada al inicio del periodo de jubilación parcial”*.

Resulta curioso también que algún convenio colectivo limita el número de premios que puede conceder a sus trabajadores. Así lo podemos constatar en el artículo 7.2 del VII. Convenio colectivo de la Compañía

⁴⁴⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/08/pdfs/BOE-A-2018-1718.pdf>

⁴⁴¹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/22/pdfs/BOE-A-2018-6807.pdf>

Levantina de Bebidas Gaseosas, SLU⁴⁴²: “...Solamente podrá acogerse a estas cantidades anualmente un cinco por ciento de la plantilla fija de la empresa. En el supuesto que se produzcan solicitudes de jubilación anticipada, acogiéndose a las cantidades estipuladas en el presente artículo superiores al cinco por ciento de la plantilla, la comisión paritaria establecerá quién tiene acceso a las mismas, siguiendo criterios de antigüedad en la empresa, cargas familiares o similares. A los efectos de determinar los aspirantes a estas cantidades, los trabajadores/as que durante el año natural cumplan las edades establecidas en el presente artículo y piensen acogerse al mismo, deberán solicitarlo a la empresa por escrito antes del 31 de diciembre anterior...”.

Por lo tanto, existe una escasa regulación de la materia de jubilación en la negociación colectiva y los convenios que lo regulan se centran más en aspectos laborales que en los propios aspectos complementarios de la pensión de jubilación. En consecuencia, son muy pocos los convenios colectivos que externalizan los compromisos complementarios por pensiones a través de planes de pensiones. Esto, a largo plazo, podrá resultar perjudicial para los trabajadores de las empresas, debido a que las pensiones públicas van a la baja y las condiciones para acceder a ellas cada vez son más exigentes. Asimismo, si el trabajador no dispone de un plan de pensiones de empleo o individual, la futura pensión de jubilación que recibirá será inferior a su salario activo.

8. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES DE EMPLEO

Algunos convenios colectivos externalizan las prestaciones en un plan de pensiones. Los planes de pensiones se configuran como instrumentos de previsión voluntaria y libre, y sus prestaciones no pueden ser sustitutivas a las de la Seguridad Social, sino que tienen la función de complementar las mismas^{443 444}. Existen distintas modalidades de planes de pensiones, pero en este caso, nos centramos en los de empleo, es decir, en los que el promotor es una entidad, corporación, sociedad o empresa y sus partícipes los trabajadores.

Es destacable el escaso número de convenios colectivos que externalizan sus compromisos en cuanto a las pensiones, dado que únicamente 17 convenios de los analizados lo realizan (17,89%).

⁴⁴² <https://www.boe.es/boe/dias/2018/06/29/pdfs/BOE-A-2018-8989.pdf>

⁴⁴³ MONTOYA MELGAR, A. et. al., *Curso de Seguridad Social...Op.cit.*, pág. 179.

⁴⁴⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. et al., *La negociación colectiva y la protección social... Op.cit.*, pág. 137.

Respecto a las aportaciones hay que destacar que la mayoría son aportaciones compartidas entre la empresa y el trabajador, aunque también existen planes a los que únicamente aportan las empresas, como es el caso del Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa"⁴⁴⁵: *"Para los trabajadores de la Fundación Bancaria «La Caixa» se dispone de un plan de pensiones colectivo en el cual la aportación será, únicamente por parte de la Fundación Bancaria «La Caixa», a partir de los dos años de antigüedad, es decir, durante los meses 25 a 120 de relación laboral (ambos incluidos), del 8,5 % del salario pensionable. A partir del mes 121 de relación laboral, la aportación será del 8,00 % del salario pensionable..."*. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 32 del V. Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería⁴⁴⁶: *"...El plan de pensiones será de la modalidad de empleo, de promoción conjunta y de aportación definida, con una contribución empresarial anual, en beneficio de cada trabajador, del 0,80% de su salario bruto anual. Esta contribución anual se mantendrá con vigencia indefinida en tanto el trabajador preste servicios en cualquier empresa del ámbito funcional del Convenio Colectivo..."*. Por su parte, el artículo 26 del Convenio colectivo de Cervezas San Miguel, S.A.⁴⁴⁷ también establece que la aportación al plan le corresponde a la empresa, pero se mencionan unos límites máximos y mínimos: *"Se acuerda la promoción de un Plan de Pensiones del sistema de empleo, de aportación definida, a cargo de la Empresa, de acuerdo con los términos, condiciones y características reguladas en su Reglamento y Acta de Acuerdo de promoción de un Plan de Pensiones de fecha 22 de octubre de 2004.*

Los importes máximos y mínimos de referencia sobre los que se aplican los porcentajes acordados quedan fijados con efectos 1 de enero de 2017 en 39.143,19 y 34.619,33 euros respectivamente. Se reunirá la Comisión de Control para modificar el Reglamento en este punto". Algunos convenios colectivos diferencian esas aportaciones dependiendo el tiempo que haya pasado desde que se dio de alta el trabajador en dicho plan. Así, el artículo 34 del Convenio colectivo de Nuclenor, S.A.⁴⁴⁸ diferencia los siguientes supuestos: *"...Respecto a las aportaciones del personal de nuevo ingreso con plaza en el Organigrama al Plan de Pensiones de empleo de Nuclenor, S. A., se acuerda:*

⁴⁴⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/12/pdfs/BOE-A-2018-1900.pdf>

⁴⁴⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/17/pdfs/BOE-A-2018-10047.pdf>

⁴⁴⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/02/pdfs/BOE-A-2018-1462.pdf>

⁴⁴⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/01/pdfs/BOE-A-2018-1398.pdf>

El primer y segundo años: La aportación de la parte de la Empresa (50 por 100 de la aportación total) se realizará desde el primer mes, sin que el trabajador se vea obligado a efectuar aportación alguna durante esos dos primeros años.

El tercer y cuarto años sobre la aportación total el trabajador aportará el 25 por 100 y la empresa el 50 por 100.

El resto de años el trabajador aportará el 50 por 100 y la empresa el 50 por 100 restante...". Como podemos observar en este artículo, el trabajador durante los primeros años no tiene que aportar ninguna cantidad al plan, debido a que lo hace íntegramente la empresa; y a partir del tercer año cada vez va aportando una mayor cantidad hasta alcanzar el 50%. En otros casos, la aportación del promotor depende de la aportación que realiza el trabajador, como podemos observar en el artículo 52 del Convenio colectivo de Praxair España, SLU, para sus centros de trabajo en las provincias de Barcelona, Castellón, Córdoba, Guipúzcoa, Madrid, Málaga, Murcia, Navarra, Pontevedra, Valencia, Vizcaya y Zaragoza: "...Las aportaciones del Promotor a este Plan de Pensiones de Empleo de Promoción Conjunta de Grupo se establecen en un 4% desde el 1 de enero de 2018.

Actualización de las aportaciones del Promotor para los años 2019 y 2020:

Las aportaciones del Promotor para el año 2019 se establecen en un 4,5% sobre el salario pensionable. El promotor aportará un 0,5% adicional siempre y cuando el trabajador realice una aportación del 1%.

Las aportaciones del Promotor para el año 2020 se establecen en un 5% sobre el salario pensionable. El promotor aportará un 1% adicional siempre y cuando el trabajador realice una aportación del 2%..."

Resulta curioso el caso del Convenio colectivo de Saint Gobain Cristalería, S.L., dado que en su artículo 50 recoge la adhesión del personal como partícipes a un plan de pensiones del sistema individual y de aportación definida. La empresa previa información del trabajador, aportando documentación que conste que está adherido a ese plan, realizará una aportación anual. Así, determina el convenio colectivo: "Con independencia de los Seguros de Vida que se contemplan en este Convenio, a fecha 1 de enero del año 2000, se creó un Sistema de Previsión para el personal incluido en el mismo con una antigüedad de 1 año al 31 de diciembre del año considerado.

Al efecto, la Empresa estableció la adhesión del personal afectado, como partícipes, a un Plan de Pensiones del sistema individual (P.P.I.) y de aportación definida.

Dicho Plan de Pensiones Individual fue concertado con B.B.V.A. Pensiones, S.A. Entidad Gestora de Fondos de Pensiones, realizándose las aportaciones por cuenta de los partícipes, según se describe en los párrafos sucesivos.

La empresa, no obstante, se compromete a realizar directamente dichas aportaciones en el Plan de Pensiones que cada persona designe, en el momento en que exista una solución técnica que lo permita. Cada persona deberá para ello, aportar la documentación, que, al efecto, le sea solicitada por la Empresa.

Aportación de la Empresa por cuenta del personal:

Durante la vigencia del presente convenio, con cargo a la Empresa, se realizará al P.P.I. una aportación anual por cuenta y en beneficio de cada persona adherida al mismo que será el 3% del Salario 14 Meses incrementado con la P.G.P. anual para valor K=1 del Nivel Profesional en que esté encuadrado en cada momento y el Complemento Personal Absorbible que individualmente corresponda a cada persona.

Para ello se abonará y retendrá a cada persona mensualmente (12 pagas) el % indicado en concepto de Aportación al P.P.I.

Las cantidades resultantes de la aplicación de los porcentajes anteriores serán ingresadas mensualmente.

Para el personal de nuevo ingreso, la aportación se devengará a partir del primer día del mes siguiente al que cumpla el año de antigüedad y todos ellos deberán firmar el boletín de adhesión al P.P.I. para tener derecho a esta prestación.

Las aportaciones de la Empresa, por cuenta del personal, cesarán en el momento en que la persona interesada cause baja en la empresa y, en todo caso, al cumplir la edad ordinaria de jubilación”.

En cuanto a los sujetos partícipes, algunos convenios colectivos establecen una antigüedad mínima para poder adherirse a dicho plan, que es diferente dependiendo del convenio, y puede ir desde un año hasta los dos años o más. En ocasiones, también exigen el requisito de contar con un contrato específico, es decir, la adhesión estará limitada para los trabajadores con contrato indefinido como establece el Convenio colectivo de Bridgestone Hispania, S.A., Fábricas⁴⁴⁹: “*El Plan de Pensiones de Bridgestone Hispania, SA, es un plan de sistema de empleo, abierto a todos los trabajadores en activo, y con contrato indefinido o an-*

⁴⁴⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/15/pdfs/BOE-A-2018-6499.pdf>

tigüedad superior a dos años...”. Asimismo, la mayoría de los convenios establece que la adhesión será voluntaria y a solicitud del trabajador. Así lo podemos constatar en el artículo 33 del VII. Convenio colectivo de Repsol, S.A.⁴⁵⁰: *“Los trabajadores podrán solicitar el alta como partícipes del Plan de Pensiones conforme a lo establecido en el Reglamento del Plan de Pensiones de Repsol, S.A., vigente...”*. Del mismo modo hace mención a la adhesión voluntaria del trabajador el artículo 40 del Convenio colectivo de Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU⁴⁵¹: *“Se establece un Plan de Pensiones para todos aquellos trabajadores que tengan una antigüedad mínima de 1 año, y que soliciten su inclusión en el mismo...”*.

En cuanto al seguimiento del plan, el Convenio colectivo de Bridgestone Hispania, S.A., Fábricas⁴⁵², en su artículo 161 determina que *“... Sin perjuicio de las competencias de la Comisión de Control del Plan de Pensiones, las partes se comprometen a discutir cada 3 (tres) años y en el marco de la negociación colectiva, el alcance e idoneidad del sistema de seguridad social complementario vigente en la empresa”*.

Por último, respecto a las prestaciones que cubren los planes de pensiones son principalmente la prestación por jubilación, por incapacidad permanente, fallecimiento, y viudedad y orfandad. Por ejemplo, el artículo 34 del Convenio colectivo de Nuclenor, S.A.⁴⁵³ recoge las siguientes contingencias: *“El referido Plan de Pensiones contempla las contingencias de jubilación, viudedad, orfandad e incapacidad para todos los empleados de la empresa, quienes de no haberlo hecho ya, podrán adherirse tan pronto reúnan los requisitos previstos en el presente Convenio y en las Especificaciones del referido Plan de Pensiones...”*.

9. OTRAS MEJORAS SOCIALES

Además de todas las mejoras voluntarias comentadas anteriormente, debemos mencionar otras mejoras sociales que recogen de manera común los convenios colectivos analizados. Entre otros, se reconocen los préstamos, anticipos, avales para la adquisición de viviendas, asistencia jurídica, tickets guardería, vales de comida, dietas y otro tipo de ayudas sociales. En el caso de los anticipos y préstamos debe existir una causa motivada o justificada como por ejemplo el matrimonio, fa-

⁴⁵⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/07/17/pdfs/BOE-A-2018-10049.pdf>

⁴⁵¹ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/25/pdfs/BOE-A-2018-956.pdf>

⁴⁵² <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/15/pdfs/BOE-A-2018-6499.pdf>

⁴⁵³ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/01/pdfs/BOE-A-2018-1398.pdf>

llecimiento del cónyuge o hijos, obras en vivienda... Podemos observar en el artículo 40 del Convenio colectivo de Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona "La Caixa"⁴⁵⁴: *"La Fundación Bancaria «La Caixa» concederá a los trabajadores que lo soliciten anticipos por el importe máximo de doce mensualidades o hasta 20.000 euros, con el fin de hacer frente a gastos por acontecimientos familiares extraordinarios (bodas, maternidades y paternidades, defunciones...), gastos de la primera vivienda (derivados de compras, fianzas de alquiler, mejoras, reformas o mudanzas), gastos extraordinarios o imprevistos de carácter personal o familiar, siniestros en general, así como intervenciones quirúrgicas y gastos médicos.*

En aquellos casos de empleados con contrato temporal, se concederá la cantidad máxima proporcional a la duración del contrato.

En ambos casos, dichos anticipos se amortizarán sin intereses a base de deducciones a razón del 7 % de cada una de las mensualidades del empleado o empleada..."

Asimismo, algún convenio colectivo analizado, concretamente el artículo 40 del Convenio colectivo de Saint-Gobain PAM España, SA.⁴⁵⁵, reconoce una bolsa de vacaciones para los empleados de la siguiente manera: *"Durante la vigencia de este Convenio se sortearán diez bolsas de vacaciones entre los trabajadores afectados por este Convenio Colectivo.*

Se fija una cuantía de 316,023 euros para cada beneficiario, entendiéndose como tal, además del trabajador, cada uno de los familiares que constituyan la unidad familiar y sean menores de edad.

Para los hijos de edades comprendidas entre los dos y seis años sólo se abonará el 50 %, no teniendo derecho a cantidad alguna los menores de dos años.

Quedará eliminado del sorteo el personal que ya haya disfrutado de estas Bolsas en años anteriores.

Durante la vigencia de este convenio la Comisión Paritaria arbitrará las medidas necesarias para que n.º de bolsas pueda ser incrementado, con la finalidad de que el personal de más de 60 años de edad ó de 40 años de antigüedad pueda ser agraciado con esta ventaja social, si es que no lo hubiera sido ya durante su vida laboral. Una vez conseguido el objetivo, las bolsas vuelven a ser diez".

⁴⁵⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/02/12/pdfs/BOE-A-2018-1900.pdf>

⁴⁵⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2018/05/14/pdfs/BOE-A-2018-6436.pdf>

10. RECAPITULACIÓN

La mayoría de los convenios colectivos analizados cuentan con alguna cláusula sobre mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Es cierto, por tanto, que la negociación colectiva juega un papel importante en el establecimiento de estas mejoras. Sin embargo, muchas de las disposiciones recogen lo mismo que establece la legislación o la reproducen.

La negociación colectiva ha funcionado como mecanismo imprescindible para evitar litigios debido a que las partes negociadoras del convenio colectivo limitan cuales son, entre otros, los ámbitos subjetivos y objetivos de las mejoras, la cuantía y el momento en el que se genera el derecho a la mejora y su duración. Eso no quiere decir que todas las cláusulas eviten dichos conflictos, dado que todas las cláusulas no son suficientemente claras. Casi todas las contingencias del sistema de Seguridad Social son mejoradas a través de los convenios colectivos analizados. Los convenios colectivos de 2018 analizados recogen las contingencias de incapacidad temporal, prestaciones familiares, incapacidad permanente y prestaciones por muerte y supervivencia, asistencia sanitaria y jubilación. Asimismo, prevén premios de vinculación y planes de pensiones.

Respecto a la incapacidad temporal, la tónica general es la de diferenciar entre contingencias profesionales y contingencias comunes, dando una protección más amplia a las contingencias profesionales. Lo mismo ocurre en el caso de hospitalización o intervención quirúrgica. Asimismo, existen convenios que vinculan la antigüedad a la incapacidad temporal, siendo mayor el porcentaje a complementar cuantos más años se esté en la empresa. La determinación de la extensión temporal del complemento es otro factor común en los convenios colectivos. Merece la pena destacar también la vinculación entre el absentismo y la incapacidad temporal que realizan algunos convenios colectivos con el propósito de conseguir reducir el absentismo dentro de la empresa. Se observa la tendencia de establecer mecanismos de control, en aras de verificar el estado del trabajador. No obstante, en este sentido, no podemos olvidar los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el caso Ruiz Conejero mencionado.

Las mejoras voluntarias sobre maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia se limitan a reproducir lo que se dice en la regulación de la Seguridad Social.

Las mejoras relacionadas con las prestaciones familiares cubren varios supuestos como son el matrimonio, la natalidad, familiares con

discapacidad y ayudas a los estudios como se ha podido observar. Algunos convenios colectivos establecen la misma regulación respecto al contenido de la ayuda por matrimonio y por natalidad. La ayuda de los discapacitados en la mayoría de los casos se extiende tanto a los hijos como a los cónyuges, y tanto a los discapacitados físicos como psíquicos, sin efectuar discriminación entre unos y otros. Cabe añadir que las ayudas a los estudios se contemplan de forma separada, teniendo en cuenta el nivel de los estudios y su respectiva ayuda. Además, no sólo se les reconoce a los hijos sino también a los mismos trabajadores, con la finalidad de obtener nuevas cualificaciones para su carrera profesional.

La externalización a través de los contratos de seguro o pólizas de seguro es habitual en las mejoras voluntarias de incapacidad permanente, y muerte y supervivencia. Algunos convenios colectivos establecen la obligación de remitirles dicha póliza a los representantes de los trabajadores. En cuanto a la incapacidad permanente, es de resaltar que algunos convenios colectivos no sólo la limitan a los trabajadores activos de la empresa, sino la extienden a los ex trabajadores o jubilados anticipadamente. Como se ha observado en varios convenios colectivos, es muy importante establecer el hecho causante para poder percibir la ayuda, porque se evitarán conflictos si se delimita de manera clara. A la hora de determinar quiénes son los beneficiarios, existen distintos mecanismos: puede que los convenios colectivos recojan el orden de preferencias entre los familiares o establezcan la libertad de expresar la voluntad del trabajador.

Del mismo modo que estas últimas contingencias, el seguro médico privado se articula a través de una póliza a la que se adhiere el empresario. El contenido de estas cláusulas define quiénes son los beneficiarios y en muchas ocasiones, además de cubrir a los propios trabajadores abarcan a sus familiares. Hemos podido constatar también que existen diferencias al establecer la limitación de la edad de los hijos beneficiarios entre los convenios colectivos. Llama la atención que algunos convenios colectivos prevean el requisito de una antigüedad mínima para poder adherirse a la póliza. El establecimiento de las prestaciones que se cubren puede resultar útil para evitar futuros conflictos a la hora de determinar si una contingencia queda cubierta o no por la póliza.

Las mejoras voluntarias sobre jubilación no se utilizan de manera generalizada como previsión social complementaria y en consecuencia para mejorar la prestación de jubilación del sistema público. Se em-

plean más como instrumento o herramienta de política de empleo y por eso, es común establecer en los convenios colectivos premios de jubilación o fidelidad. La finalidad de estos premios puede ser el ahorro empresarial y la reestructuración de la empresa. No obstante, los convenios colectivos que regulan las mejoras voluntarias de jubilación con el objetivo de complementar la prestación pública, lo hacen a través de un plan de pensiones. En muchos convenios que establecen dicho plan, se especifica como requisito una antigüedad mínima para poder adherirse al plan.

Los planes de pensiones que se concretan para la externalización de los compromisos por pensiones en los convenios colectivos analizados mayoritariamente son planes mixtos y de aportación definida. Algunos convenios colectivos únicamente reconocen la posibilidad de adherirse al plan a los trabajadores con contratos indefinidos y dejan fuera a los que tengan contratos temporales.

En definitiva, la regulación de estas mejoras voluntarias de la Seguridad Social dependerá en gran medida de la actitud de los agentes sociales. Éstos deben estar concienciados de la importancia que tienen y pueden tener las mejoras voluntarias como medio de mejora de las pensiones públicas y así tenerlas presente cuando en el ámbito sectorial o empresarial se esté negociando un convenio colectivo.

CONCLUSIONES

Analizada la protección social complementaria en España y más concretamente las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, conviene proceder a establecer algunas conclusiones y propuestas sobre el conjunto global de los aspectos problemáticos y destacados del tema.

PRIMERO

La Constitución Española de 1978 no recogió tácitamente el concepto de la protección social y tampoco formuló los rasgos básicos de la misma. Por tanto, los pronunciamientos doctrinales como jurisprudenciales han sido numerosos. La protección social se puede definir como las medidas de intervención pública o privada destinadas a cubrir una serie de riesgos o necesidades. Asimismo, la previsión social complementaria no fue conceptualizada por el legislador y también han sido diversos los pronunciamientos de distintos autores. En este sentido, se puede decir que la protección social complementaria engloba las técnicas protectoras basadas en la voluntariedad y tiene el objetivo de complementar los regímenes públicos de la Seguridad Social. Este sistema complementario adquiere relevancia cuando existen problemas de sostenibilidad económica y viabilidad del sistema público. Sin embargo, debe seguirse apostando por un sistema público de pensiones basado en el reparto y, que pueda ser complementado por regímenes de previsión social voluntarios.

SEGUNDO

Los sistemas de protección social se pueden estructurar en tres niveles siguiendo el Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único.

En el primer nivel, se encuentra la protección social pública, que es obligatoria y a la que tienen acceso todos los ciudadanos. Dentro de este pilar, encontramos el nivel de carácter básico, en el que no es necesaria ninguna contribución previa para poder ser beneficiario de ellas; y el nivel de carácter contributivo y profesional, que es obligatorio para todos los trabajadores por cuenta ajena y propia.

El segundo pilar se constituye por los regímenes profesionales, donde el empresario promueve la previsión complementaria con la inclusión y participación de sus empleados.

El tercer nivel se basa en el ahorro individual, esto es, se crea por la decisión unilateral del individuo.

Estos pilares tienen distinta fuerza en función del país donde nos encontremos, pero en general parece que, si el primer pilar es fuerte, el desarrollo de los sistemas complementarios es débil y en cambio, si el primer pilar no tiene un peso importante, los sistemas complementarios están más desarrollados.

TERCERO

Los instrumentos de previsión social son mecanismos de libre iniciativa, funcionamiento y gestión, de los que surgen prestaciones de carácter privado y se sitúan fuera del marco protector del sistema público de Seguridad Social. Estos mecanismos de previsión social complementaria son diversos y cada uno tiene sus ventajas y desventajas. En este trabajo de investigación hemos podido estudiar sobre todo las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en la negociación colectiva, pero no son los únicos instrumentos como hemos comprobado. Las mutualidades de previsión social, los planes y fondos de pensiones y los contratos de seguros son otros medios para desarrollar la protección social complementaria. Las mutualidades de previsión social son los instrumentos que han prevalecido históricamente respecto a los otros, por constituirse sin ánimo de lucro y por los costes del sistema, que son inferiores al resto. No obstante, es destacable la preferencia del legislador por los Planes y Fondos de pensiones. Que el desarrollo de estos instrumentos sea mayor o menor dependerá de la política fiscal que implemente el legislador en todo momento.

CUARTO

Con la aprobación de la Constitución de 1978 se creó un Estado de Autonomías y de esta manera, se facultó a estos entes a asumir la eje-

cución de la legislación laboral, desarrollar las normas estatales en materia de Seguridad Social y ordenar la política de asistencia social. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas fue recogida en los artículos 148 y 149 de la Constitución, pero dichas disposiciones fueron reguladas de forma tan confusa que han provocado numerosos conflictos que los tribunales han ido solucionando. Las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas sobre las mutualidades de previsión social y contratos de seguro en sus Estatutos de Autonomía. Esto arroja como resultado que la delimitación competencial se haya dificultado aún más. Existen también materias correspondientes a las Comunidades Autónomas que además han asumido en sus respectivos estatutos pero que, sin embargo, no han sido transferidos por el Gobierno cuyos Reales Decretos de transferencia no han sido aprobados. En consecuencia, algunas Comunidades Autónomas se sienten frustradas y trasladan sus quejas, que resultan razonables.

En consecuencia, se estima necesaria la reordenación del espacio de las competencias, así como clarificar qué es lo complementario, lo suplementario y lo básico. No obstante, considero que nuestro modelo de organización territorial favorece el perfeccionamiento de la acción protectora, ya que mejora la atención recibida por los ciudadanos y no supone una quiebra a la solidaridad entre los ciudadanos ni tampoco de la solidaridad entre territorios.

QUINTO

En los últimos años se han implantado diversas reformas con la finalidad de afrontar el problema de sostenibilidad y viabilidad del sistema público de Seguridad Social. No obstante, el futuro del sistema no depende de una sola medida ya que no solucionará el problema. Será necesaria la combinación de diversas medidas. La viabilidad y sostenibilidad de las pensiones no se trata de un problema centrado únicamente en España, sino que afecta a diversos países. Por ello, es importante tener en cuenta las recomendaciones de las instituciones internacionales y las reformas o medidas adoptadas en países de nuestro entorno. Las recomendaciones de las instituciones son unánimes, esto es, consideran necesario el impulso y la promoción de los sistemas complementarios para completar las pensiones que ofrecen los sistemas públicos. Parece que en los últimos años, la lógica de la mercantilización es la que va adquiriendo primacía sobre la política pública de pensiones. Sin embargo, no debemos olvidar la experiencia que

han tenido algunos países con sistemas de capitalización, en los que no se han logrado resultados positivos en la distribución equitativa de la riqueza. Estos sistemas son volátiles y para su buen funcionamiento serán imprescindibles los mecanismos de control que desarrollen los gobiernos.

Por un lado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) plantea distintas opciones para promover dicha previsión social complementaria. Destacan varios mecanismos como son la adhesión obligatoria, la adhesión automática y los incentivos fiscales.

La adhesión obligatoria consiste en hacer que la suscripción de planes de pensiones privados sea obligatoria y con el propósito de aumentar los niveles de cobertura de las pensiones. Este instrumento, sin embargo, cuenta con ciertas desventajas como son el endeudamiento de algunos trabajadores o que las aportaciones se perciban como un impuesto, desmotivando a las personas a trabajar y a demandar ayudas asistenciales.

La adhesión automática se trata de un mecanismo por medio del cual se les inscribe automáticamente a los trabajadores en los planes de pensiones de carácter privado con la posibilidad de darse posteriormente de baja.

En último lugar nos encontramos con los incentivos fiscales que han sido el principal vehículo para promover los sistemas complementarios. No obstante, este mecanismo ha sido más beneficioso para las personas con rentas altas por tener mayor disponibilidad de ahorro. Por tanto, es necesario diseñar incentivos fiscales que beneficien a las rentas bajas y medias para poder generalizar dichos sistemas.

Por otro lado, la Unión Europea (UE) recomienda incentivar el alargamiento de la vida laboral, diversificar riesgos conjugando un sistema de tres pilares y constituir o mejorar los sistemas complementarios.

En mi opinión, la educación financiera es otro aspecto fundamental, empezando por el fomento del ahorro, dado que, si nos proveemos con una formación financiera adecuada, será mucho más sencillo adoptar medidas que afecten positivamente al futuro de nuestra pensión. No obstante, no podemos obviar que el salario medio en España es de 1639 euros mensuales (2017), lo que supone un 18% menos que la media europea y, por tanto, dificulta la capacidad de ahorro⁴⁵⁶. Asimismo,

⁴⁵⁶ ADECCO GROUP, "VI. Monitor Anual. Adecco sobre salarios (II). España en el contexto europeo", <https://adecco.es/wp-content/uploads/2018/05/NdP-VI-Monitor-Adecco-Salarios.-Parte-II.pdf>

de conformidad con el principio de transparencia considero esencial que el Gobierno consuma el compromiso adquirido de enviar una carta a los mayores de 50 años informándoles de cuál va a ser su futura pensión. Este compromiso que adquirió el Ministerio de Empleo ha sido sustituido por una plataforma en internet, donde uno puede comprobar la pensión que le corresponderá en función de sus circunstancias particulares. Sin embargo, no debemos olvidar las dificultades de acceso a internet para algunos pensionistas.

SEXTO

Parece que el papel de la previsión social complementaria va ganando terreno, debido a que las tasas de sustitución del sistema público no alcanzarán el nivel suficiente que impida una pérdida de ingresos de las personas. No obstante, en la actual situación económica, el trabajador se encuentra con la imposibilidad de contratar fórmulas complementarias, de forma individual o colectiva, por las pobres remuneraciones que obtiene. Con la baja capacidad de ahorro existente, es primordial el ahorro canalizado a través de la empresa que facilite y garantice la extensión a todos los trabajadores. En definitiva, considero que el ámbito individual de los sistemas complementarios debe pasar a un segundo plano, con aras de reforzar el plano profesional. Los sistemas complementarios basados en las relaciones laborales permiten garantizar al conjunto de la población activa; y, si además es la negociación colectiva el mecanismo que permita la incorporación del trabajador, este último contará con la posibilidad de mayor participación determinando la entidad privada que va a gestionar sus aportaciones. Con el efecto psicológico de la participación directa, se consigue una mayor preocupación del trabajador por el sistema y por la efectividad en el pago de las cotizaciones.

SÉPTIMO

Los sistemas complementarios históricamente no han tenido mucha fuerza e incluso se consideraban marginales. La razón principal era que existía una percepción de que el sistema público de la Seguridad Social debía ofrecer unas prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos y frente a todas las situaciones de necesidad previstas.

Sin embargo, cuando se atraviesa por una compleja situación y se debate sobre la sostenibilidad o viabilidad del sistema público de Seguridad Social, vuelve a resurgir la polémica sobre la virtualidad de los sistemas

complementarios. Uno de los instrumentos más comunes para desarrollar esta previsión social complementaria ha sido la de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Su finalidad u objetivo es incrementar la cobertura de las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública. En definitiva, se pueden definir como las obligaciones empresariales que nacen del propio contrato laboral o de la negociación colectiva y toman a las prestaciones del sistema de Seguridad Social como referencia para ampliar la cobertura que ofrecen. Entre sus características se encuentra la voluntariedad, aunque una vez establecidas se convierten en obligatorias; pueden ser mejoras complementarias o autónomas dependiendo de si protegen o no las mismas contingencias del sistema público de la Seguridad Social; y su financiación corre a cargo de fondos privados. De todas formas, desde 1995, se prohíbe que las mejoras voluntarias se gestionen directamente por los fondos internos del empresario, y por tanto, deberán externalizarse a través de los distintos instrumentos mencionados. Esta prohibición supone una mayor garantía para los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. Con todo, estas cautelas no resultan suficientes, ya que los partícipes y beneficiarios no encuentran garantías reconocidas por el Estatuto de los Trabajadores si quieren reclamar el incumplimiento del empleador de sus compromisos de pensiones ante una situación de insolvencia. Por lo tanto, resultaría necesario crear instituciones de carácter público o semipúblico capaces de garantizar los compromisos por pensiones.

También resulta destacable que la negociación colectiva se muestra como el instrumento más idóneo para el establecimiento de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. La negociación colectiva, al basarse en el consenso del empresario y de los representantes de los trabajadores, engloba los diferentes intereses y necesidades de ambas partes. Asimismo, asegura la adaptabilidad de las empresas a cambios y circunstancias del mercado gracias a su dinamicidad. No obstante, no todo son ventajas, dado que los convenios colectivos suelen tener una duración determinada que no es aconsejable para las cláusulas de mejoras voluntarias de Seguridad Social, ya que dichas disposiciones necesitan estabilidad, seguridad y permanencia. Este problema tiene una sencilla solución: de conformidad con lo determinado por el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores, consistiría en establecer distintos períodos de vigencia para cada materia.

Otro problema que se debate son las consecuencias que se ciernen sobre las cláusulas de mejoras voluntarias cuando nos hallamos ante una sucesión entre convenios colectivos. De esta manera, se plantea si las mejoras voluntarias se mantienen o no cuando el convenio colectivo

ha sido sucedido por otro. En estos casos, se realiza una distinción entre las mejoras voluntarias adquiridas y las simples expectativas. Mientras que en los primeros casos se mantienen con el nuevo convenio colectivo, en los segundos casos dependerá de lo que indique el nuevo convenio colectivo. Esta misma interpretación se realiza respecto de la modificación y supresión de los compromisos por pensiones.

Otra cuestión controvertida es la de la ultraactividad de los convenios colectivos y sus efectos sobre las cláusulas de mejoras voluntarias de Seguridad Social. La reforma del 2012 limitó a un año, salvo pacto en contrario, la duración de la vigencia prorrogada de los convenios colectivos tras haber sido denunciado por una de las partes y con ello se creó una gran incertidumbre en torno a la aplicación de aquellas mejoras. Lo que se planteaba en ese momento era: ¿qué ocurre si un convenio colectivo pierde su vigencia y no existe convenio colectivo de ámbito superior aplicable? Tras intensos debates, el Tribunal Supremo, a partir de la denominada “tesis continuista”, consideró que las condiciones laborales generadas por el convenio colectivo se mantienen por formar parte de la relación contractual entre las partes. Si trasladamos esa incertidumbre a las cláusulas de mejoras voluntarias de Seguridad Social, nos encontramos con distintas opiniones.

La interpretación de las cláusulas de mejoras voluntarias de Seguridad Social en los convenios colectivos también ha sido una materia que ha acarreado muchas dudas y diversas interpretaciones. En este aspecto, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre todo para interpretar los términos en que se expresan las cláusulas que contienen mejoras voluntarias, relativas a la de incapacidad permanente, el accidente de trabajo o hecho causante. En todo caso, será la voluntad de las partes la regla hermenéutica que predomine a la hora de interpretar las cláusulas sobre mejoras voluntarias.

La inobservancia de las cláusulas que regulan las mejoras voluntarias de la Seguridad Social ha sido otro tema que ha generado numerosas dudas. Si el incumplimiento se basa en la no externalización de los compromisos por pensiones, se impone una sanción administrativa, pero en realidad no existe una regulación específica al respecto, por lo que considero oportuno acometerla cuanto antes.

OCTAVO

Teniendo en cuenta el estudio de los convenios colectivos aprobados desde enero del 2018 hasta agosto del mismo año, se pueden destacar algunos aspectos significativos.

En términos generales, existe una escasa externalización de las prestaciones de jubilación, por estar mayoritariamente previstas en los convenios a modo de premios en lugar de como prestaciones. La jubilación consiste en una de las contingencias que se recoge en las cláusulas de los convenios colectivos, pero los convenios la recogen como una herramienta de política de empleo. Relacionado con lo dicho, el número de convenios colectivos que regulan planes y fondos de pensiones para gestionar las pensiones es escaso.

La regulación de la mejora voluntaria relacionada con la contingencia de la maternidad/paternidad es pobre en los convenios colectivos analizados. Además, los convenios colectivos que lo hacen, reproducen el derecho que reconoce la Ley General de la Seguridad Social en esos mismos términos.

Es muy habitual encontrarnos cláusulas relacionadas con la incapacidad permanente y con la muerte y supervivencia en los convenios colectivos. Teniendo en cuenta la responsabilidad que tiene el empresario ante los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, es muy común que acudan a los contratos de seguro o pólizas externas para externalizar dichas contingencias.

En la mayoría de los casos en los que el convenio colectivo reconoce un seguro médico privado, ese reconocimiento se articula a través de una póliza de seguro médico privado al que se adhiere la empresa.

Se puede concluir que la regulación de las mejoras voluntarias de Seguridad Social depende en gran medida de la actitud que manifiesten los agentes sociales, ya que los sindicatos y los representantes de los empresarios podrán tener presentes o no estas materias a la hora de negociar los convenios colectivos.

NOVENO

Los futuros retos se basan en buscar medidas y realizar las reformas oportunas para seguir disponiendo de un sistema sostenible de pensiones. Las modificaciones o reformas que se adopten deberán ser diversas, ya que con una sola medida no se hará frente a la sostenibilidad y viabilidad de las pensiones. No obstante, considero indispensable que estas reformas se aprueben en el seno del Pacto de Toledo con el consenso político y de los agentes sociales. Este pacto vive y debe seguir siendo un ejemplo de consenso hoy y para el futuro. De hecho, recientemente se ha reactivado la Comisión de Seguimiento y Evaluación

de los acuerdos del Pacto de Toledo con el propósito de cerrar nuevas recomendaciones para la reforma del sistema de pensiones. Las medidas que se vayan a adoptar deberían ser sensibles con la situación económico-social en que planteen. Esto es, ante causas coyunturales como la crisis económica o la llegada de la generación del baby boom a la edad de jubilación, deberán adoptarse medidas temporales. Sin embargo, ante causas estructurales como es la del envejecimiento de la población serán necesarias medidas que perduren en un tiempo amplio o medidas permanentes. Una de las medidas que es reconocida por el Pacto de Toledo (recomendación nº 14) y que ha vuelto a resurgir, es la de la potenciación de la previsión social complementaria. Los sistemas complementarios basados en las relaciones laborales sobre todo pueden resultar mecanismos adecuados, siempre y cuando no vayan en detrimento de la protección pública de la Seguridad Social. Debe tenerse en cuenta que la capacidad de ahorro en España se ha destinado tradicionalmente a la adquisición de vivienda. Además, si a ello le unimos que en la actualidad dicha capacidad de ahorro es baja, se ven necesarias medidas incentivadoras. Por ello, considero indispensable un marco fiscal adecuado destinado principalmente a las personas con ingresos medios y bajos, medida que deberá proveerse junto a la de concienciar al ciudadano de los parabienes de estos sistemas complementarios basados en el cobro en renta. La motivación, educación, divulgación, transparencia y la ausencia de ánimo de lucro de estos sistemas es primordial a fin de incentivar su implantación. Asimismo, si las entidades que gestionan dichos sistemas son independientes y su labor está alineada con los intereses de los trabajadores en vez de con los de las entidades financieras, la confianza hacia estas entidades gestoras posiblemente aumente.

OTROS TÍTULOS DE EDITORIAL BOMARZO

COLECCIÓN ESTUDIOS

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN EL DEPORTE. EL CONTRATO DE DEPORTISTA PROFESIONAL: INDEMNIZACIONES E INCUMPLIMIENTOS. *Victor Manuel Seligrat González*

BALANCE DE LA REFORMA LABORAL DE 2012. *Francesc Pérez Amorós, Eduardo Rojo Torrecilla (Directores) y Helena Ysàs Molinero (Coordinadora).*

EMPLEOS VERDES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO.
Henar Álvarez Cuesta

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MARCO LABORAL.
Ferrán Camas Roda (Coordinador)

DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES.
Daniel Toscani Giménez y Antonio Valenciano Sal

LA REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADO DE ACCIDENTE DE TRABAJO.
Julen Llorens Espada

LOS INTERESES PROCESALES EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL.
Jaume González Calvet y María Rosa Blanch Domeque

SUJETOS RESPONSABLES DE LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA PREVENTIVA.
María de los Reyes Martínez Barroso

ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y DESPIDO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO: SU CONTROL JURISDICCIONAL. *Mariano Treviño Pascual*

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GOBERNANZA DE LAS RELACIONES LABORALES: UNA LECTURA DE LA JURISPRUDENCIA TRAS LA REFORMA LABORAL. *Consuelo Chacartegui Jávega (Coordinadora)*

LA TOMA DE DECISIONES EN EL ÁMBITO MARÍTIMO: SU REPERCUSIÓN EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EN LA SITUACIÓN DE LAS GENTES DEL MAR.
José Manuel Sobrino Heredia (Director)

REFLEXIONES SOBRE LA CONSIGNACIÓN EN LOS RECURSOS LABORALES.
José María Ríos Maestre

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA E ITALIANA EN SU 40 Y 70 ANIVERSARIO. *Francisco Miguel Ortiz González Conde*

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA DE SECTOR.
Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra

TRABAJO AUTÓNOMO Y FOMENTO DEL EMPRENDIMIENTO: MITOS Y REALIDADES. *José Luján Alcaraz y Francisca Ferrando García (Directores)*

BASES, EVOLUCIÓN Y RETOS DE LA LEY DE DEPENDENCIA A LOS DIEZ AÑOS DE SU APROBACIÓN. *María Luisa Molero Marañón*

TIEMPOS DE CAMBIO Y SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES.
Juan José Fernández Domínguez y Susana Rodríguez Escanciano (Directores) y Henar Álvarez Cuesta (Coordinadora)

SEGURIDAD VIAL DE LOS TRABAJADORES.

Daniel Toscani Giménez y Manuel Alegre Nueno (Directores)

REPRESENTACIÓN Y REPRESENTATIVIDAD COLECTIVA EN LAS RELACIONES LABORALES.

*Jesús Cruz Villalón, Remedios Menéndez Calvo y
Magdalena Nogueira Guastavino (Coordinadores)*

RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES EN SUPPLICACIÓN.

Miquel Àngel Falguera Baró

**LA PROTECCIÓN SANITARIA EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE
SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.**

Macarena Hernandez Bejarano

EL DAÑO POR MOBBING: DELIMITACIÓN Y RESPONSABILIDADES.

Gloria P. Rojas Rivero

ECONOMÍA COLABORATIVA Y TRABAJO EN PLATAFORMA: REALIDADES Y DESAFÍOS.

Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (Directores)

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS EMPLEADAS DE HOGAR. *Concepción Sanz Sáez*

SERVICIOS ESENCIALES, SERVICIOS MÍNIMOS Y DERECHO DE HUELGA. *Antonio Baylos Grau*

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR ENFERMEDAD/DISCAPACIDAD DEL TRABAJADOR.

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE TRABAJO.

María José Asquerino Lamparero

HACIA UN TRABAJO AUTÓNOMO DECENTE. *María Monserrate Rodríguez Egío*

**EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS. LA NECESIDAD DE UN
INSTRUMENTO VINCULANTE.** *Adoración Guamán Hernández y*

Gabriel Moreno González

EL ANUNCIO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN. *Miquel Àngel Falguera Baró*

**LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE ASILO: EL ESTATUTO DE GARANTÍAS DE INTEGRACIÓN
SOCIO-LABORAL DE LOS “REFUGIADOS”.** *Margarita Miñarro Yanini*

**DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA. EL CASO DEL TRANSPORTE POR
CARRETERA.** *Alberto Riesco-Sanz, Jorge García López y María del Mar Maira Vidal*

**LA NUEVA REGULACIÓN EUROPEA Y ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y SU APLICACIÓN AL
ÁMBITO DE LA EMPRESA.** *José Luis Goñi Sein*

ESTRATEGIA BLUE GROWTH Y DERECHO DEL MAR. *Jaime Cabeza Pereiro y Belén
Fernández Docampo (Coordinadores)*

PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA JORNADA A TIEMPO PARCIAL.

Miguel Basterra Hernández



La protección social complementaria.

Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

La negociación colectiva y las mejoras voluntarias.

Cláusulas convencionales de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.