

	GOBIERNO DE ESPAÑA	MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES	SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
			DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LAS MEJORAS VOLUNTARIAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ACTUAL

(I PARTE)

RESPONSABLE: CAROLINA GALA DURÁN
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.



LAS MEJORAS VOLUNTARIAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ACTUAL (FIPROS/2006/44)

(VOL. I)

Investigadora principal: Dra. Carolina Gala Durán
Profesora Titular de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona.

* Trabajo de investigación financiado al amparo de lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de marzo (Subvenciones para el Fomento de la Investigación Social FIPROS).

Equipo de investigadores:

Investigadora principal: Dra. Carolina Gala Durán

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. Salvador del Rey Guanter

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

Dr. José Antonio Fernández Amor

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Barcelona.

Dra. Yolanda García Calvente

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Málaga.

Dr. José Luís Lázaro

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Huelva.

Dr. Manuel Luque Parra

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

Dr. Daniel Martínez Fons

Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

Dr. Alberto Pastor Martínez

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona.

Dra. Esther Sánchez Torres

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Ramon Llull-ESADE.

Dra. Raquel Serrano Olivares

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Barcelona.

Dr. Xavier Solà Monells

Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Autónoma de Barcelona.

Dr. Antonio Valverde Asencio

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. EL MARCO GENERAL DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

I. La compleja delimitación de la figura: El concepto y las características generales y específicas de las mejoras voluntarias.

II. La regulación vigente en el marco de las mejoras voluntarias.

III. Los tipos de mejoras voluntarias.

IV. La naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias.

CAPÍTULO II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MEJORAS VOLUNTARIAS.

I. Negociación colectiva y mejoras voluntarias: Planteamiento general.

A. La capacidad de la negociación colectiva.

B. La idoneidad de la negociación colectiva.

II. La tensión entre permanencia y dinamicidad: La sucesión de convenios en el marco de las mejoras voluntarias.

A. El principio de modernidad como criterio de ordenación de la sucesión convencional.

B. La proyección temporal de los efectos de la derogación: derogación y derecho transitorio.

1. El derecho transitorio como mecanismo modulador de la eficacia derogatoria de las normas.

2. La proyección de los efectos de la sucesión de convenios en el ámbito de las mejoras voluntarias.

III. Alteraciones sustanciales en las condiciones de trabajo y mejoras voluntarias: En tono a la aplicabilidad de la cláusula rebus sic stantibus.

IV. Mejoras voluntarias y sucesión de empresas.

A. Planteamiento general.

B. La cuestión en el Derecho comunitario.

C. La cuestión en el Derecho interno.

1. La inclusión de las mejoras voluntarias en la garantía subrogatoria.
2. El mantenimiento transitorio de las mejoras voluntarias colectivamente pactadas.
 - 2.1. Configuración y significado.
 - 2.2. Circunstancias que pueden determinar la inaplicación del convenio colectivo de origen.
 - 2.3. Posible incidencia del acuerdo de empresa.
 - 2.4. El caso singular de las mejoras voluntarias de pensiones.

V. Conclusiones.

CAPÍTULO III. MEJORAS VOLUNTARIAS DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y MATERNIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

A) INCAPACIDAD TEMPORAL

I. Sujetos beneficiarios de la prestación de Incapacidad Temporal.

II. La regulación material de las mejoras voluntarias en materia de incapacidad temporal.

A. El contenido objetivo de las mejoras voluntarias.

1. El contenido de las mejoras voluntarias de la IT derivadas de contingencias profesionales.
2. El contenido de las prestaciones complementarias de IT derivadas de contingencias comunes.
3. Las cláusulas sobre complementos de IT comunes para cualquier contingencia.

B. La extensión temporal de las mejoras voluntarias de incapacidad temporal.

C. El control indirecto del absentismo a través de las mejoras voluntarias de incapacidad temporal.

III. El control empresarial de la situación de incapacidad temporal y los complementos de la prestación.

IV. Conclusiones.

B) MATERNIDAD

I. Las mejoras voluntarias relacionadas con la maternidad en la negociación colectiva.

II. El contenido de los complementos de las prestaciones vinculadas a la maternidad en la negociación colectiva.

III. Conclusiones.

CAPÍTULO IV. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS VINCULADAS CON LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA.

I. Introducción.

II. La reciente regulación convencional: La creciente importancia de los contratos de seguro.

A. El ámbito subjetivo de protección.

B. Las contingencias protegidas: incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

C. La forma de articular la protección: El contrato de seguro.

D. El alcance temporal de la mejora voluntaria.

E. Trámites formales.

F. La participación de la representación de los trabajadores.

III. Conclusiones.

CAPÍTULO V. JUBILACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. EN ESPECIAL, LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO.

A) JUBILACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

I. Introducción.

II. Mejoras voluntarias en materia de jubilación en la negociación colectiva.

A. La regulación convencional de los planes de pensiones: Aspectos generales.

B. La regulación de las primas y premios por jubilación (en particular sobre los premios de jubilación anticipada).

C. Los premios de fidelidad o de permanencia en la empresa.

III. Conclusiones.

B) LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: REGULACIÓN EN LOS CONVENIOS 2007.

I. Introducción.

II. Normativa en materia de planes y fondos de pensiones del sistema de empleo.

III. Los espacios de actuación convencional reconocidos en la normativa legal y reglamentaria sobre planes y fondos de pensiones del sistema de empleo.

A. Configuración de los planes de pensiones del sistema de empleo: comisión de promoción y modalidades de planes de empleo.

B. Ámbito subjetivo de aplicación.

1. Adhesión.

2. Discriminación v. igualdad y dobles escalas en planes y fondos.

C. Obligaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo.

D. Comisión de control del plan de pensiones.

1. Composición.

2. Planes de promoción conjunta.

E. Otras situaciones: actividades transfronterizas.

F. Fondos de pensiones.

IV. Análisis cuantitativo de la intervención normativa de los convenios colectivos en materia de planes y fondos de pensiones del sistema de empleo.

V. Análisis cualitativo de la intervención normativa de los convenios colectivos en materia de planes y fondos de pensiones del sistema de empleo.

A. Configuración de los planes de pensiones del sistema de empleo.

B. Ámbito subjetivo de aplicación.

1. Adhesión.

2. Discriminación v. igualdad y dobles escalas en planes y fondos.

C. Obligaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo.

D. Comisión de control del plan de pensiones.

VI. Apreciaciones críticas finales.

C) LA JUBILACIÓN FORZOSA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

I. Introducción.

II. La regulación de la jubilación forzosa en la negociación colectiva: Análisis descriptivo.

A. Los límites de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa.

B. La regulación de la jubilación forzosa en la negociación colectiva.

1. Cláusulas de dudosa legalidad, por razones de empleo.

2. Cláusulas que concretan con mayor alcance los “compromisos de empleo.

III. La regulación flexible de la jubilación.

A. La opción por la jubilación anticipada.

B. La opción por fórmulas de jubilación “flexibles”.

IV. Conclusiones.

CAPÍTULO VI. MEJORAS VOLUNTARIAS Y PRESTACIONES FAMILIARES

I. Introducción.

II. Los complementos a las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

III. El reconocimiento de indemnizaciones por la actualización de determinados riesgos.

IV. La externalización de la protección social.

V. La regulación convencional de las prestaciones familiares.

CAPÍTULO VII. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE POLÍTICAS DE MEJORAS VOLUNTARIAS Y ACCIÓN SOCIAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

I. Introducción: El papel de las mejoras voluntarias en la reciente negociación colectiva desarrollada en el marco de las Administraciones Públicas catalanas.

II. Contenido y características de las mejoras voluntarias recogidas en la reciente negociación colectiva.

A. La regulación de la incapacidad temporal y de la maternidad.

B. La regulación convencional de los premios o complementos vinculados con la jubilación del trabajador o funcionario.

C. Las mejoras voluntarias vinculadas con el fallecimiento o la invalidez del empleado público.

D. Las medidas adoptadas en el marco de la protección familiar.

E. Las mejoras voluntarias o ayudas vinculadas con la asistencia sanitaria.

III. La posición de los Tribunales: La situación previa a la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público.

- A. ¿Es posible negociar colectivamente contratos de seguro en el caso de los empleados públicos?
- B. ¿Son válidas las cláusulas convencionales que prevén mejoras para los casos de personas discapacitadas?
- C. ¿Son válidas las cláusulas convencionales que recogen un premio por permanencia o antigüedad en la correspondiente Administración Pública?
- D. ¿Es posible negociar colectivamente indemnizaciones para los casos de incapacidad permanente (o fallecimiento) de un empleado público?
- E. ¿Son válidas las cláusulas convencionales donde se prevé una mejora voluntaria en el marco de la prestación por incapacidad temporal?
- F. ¿Es válido establecer premios de jubilación a través de la negociación colectiva desarrollada en el marco de las Administraciones Públicas?

IV. En particular, el caso de las medidas de acción asistencial previstas en la reciente negociación colectiva de las Administraciones Públicas.

- A. Breve referencia a las medidas de acción asistencial presente en la reciente negociación colectiva.
- B. Los interrogantes planteados en el ámbito judicial.

V. Algunos apuntes sobre los aspectos problemáticos existentes en el marco de las mejoras voluntarias recogidas en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas.

VI. Jurisprudencia de interés.

CAPÍTULO VIII. LA FISCALIDAD DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS REGULADAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

I. Introducción: Trascendencia de los aspectos tributarios para el análisis de las mejoras voluntarias.

II. Tratamiento tributario de las mejoras voluntarias.

III. Consecuencias tributarias de la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias.

IV. Incidencia del Derecho Financiero Comunitario en la regulación de las mejoras voluntarias.

V. Tributación de las mejoras voluntarias: Planes de pensiones.

A. Tributación de los Planes de Pensiones sistema empleo.

- 1. Fiscalidad de las aportaciones empresariales al Plan de Pensiones.

- 2. Fiscalidad de las aportaciones y percepciones del trabajador.
- 3. Tributación del fondo de pensiones.
- B. Fiscalidad de sistemas alternativos a los fondos de pensiones.
 - 1. Fiscalidad de los seguros colectivos sobre la vida que instrumentan compromisos por pensiones.
 - 1.1. Fiscalidad de las aportaciones empresariales al seguro colectivo de vida.
 - 1.2. Repercusiones fiscales para el trabajador de las aportaciones empresariales al seguro colectivo.
 - 1.3. Repercusiones fiscales de lo percibido por el trabajador de los seguros colectivos.
 - 1.4. El Impuesto sobre las Primas de Seguros.
 - 2. Contratos de seguros para pensiones con mutualidades de previsión social.
 - 2.1. Fiscalidad de las contribuciones empresariales.
 - 2.2. Fiscalidad para el trabajador de las aportaciones empresariales.
 - 2.3. Fiscalidad para el trabajador de las percepciones de seguros con mutualidades de previsión social.
 - 3. Fiscalidad de los Planes de previsión social empresarial.
 - 3.1. Fiscalidad de las aportaciones para el empresario.
 - 3.2. Fiscalidad de las aportaciones para el trabajador.
 - 3.3. Fiscalidad de las percepciones.

VI. Prestaciones complementarias al salario por maternidad.

VII. Tributación de algunas medidas de acción social: ayudas por minusvalía de parientes, ayudas a los estudios, premios por permanencia en la empresa y premios por jubilación.

- A. Tributación de las ayudas establecidas en los convenios para minusvalías de cónyuge o descendientes del trabajador.
- B. Tributación de las ayudas a los estudios para los trabajadores o sus familiares.
 - 1. Tratamiento fiscal del gasto empresarial para estudios de los empleados.
 - 2. Fiscalidad para el trabajador.
- C. Remuneraciones percibidas por permanencia en la empresa.
- D. Prestaciones relacionadas con la jubilación.

VIII. Conclusiones.

CAPÍTULO IX. CONCLUSIONES

ANEXOS

I. CONVENIOS COLECTIVOS ANALIZADOS

II. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

INTRODUCCIÓN

Aun cuando pueda sorprender, las conocidas como “*mejoras voluntarias*” tienen un fundamento constitucional. En efecto, dichas mejoras encuentran su base última en el artículo 41 de la Constitución Española, donde se señala que “*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*”; añadiéndose a ello que “*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”. Y es precisamente en esa última referencia donde cabe situar a las mejoras voluntarias, junto con cualquier otra fórmula destinada a complementar la acción protectora del sistema público de Seguridad Social¹.

Reconocimiento constitucional –premeditado o no- del que se ha afirmado por parte la doctrina, refiriéndose en general a las prestaciones complementarias del sistema de Seguridad Social, que la intervención de los sujetos privados “... *no está garantizada en condiciones equiparables a la exigencia que se impone a los poderes públicos; tampoco están definidos los términos ni los contornos del campo de juego propio de la iniciativa privada, ni podrían estarlo seguramente; ni siquiera puede decirse que la alusión constitucional a la protección social complementaria tenga la claridad y elocuencia que sería deseable, pues el calificativo de <libres> podría estar referido, en principio, tanto al carácter de la afiliación y del correlativo vínculo asociativo (voluntario, frente al carácter obligatorio del régimen público), como a la naturaleza de los gestores o promotores del correspondiente instrumento de previsión social. Sin embargo, sobre lo que no parece existir duda es sobre el hecho de que la referencia del artículo 41 de la Constitución a que la <asistencia y prestaciones complementarias serán libres> constituye no sólo un reconocimiento de las fórmulas complementarias de protección social sino también un respaldo constitucional a su propia existencia*”².

Sin embargo, y como veremos más adelante, la importancia que cabría atribuir a ese reconocimiento constitucional no tiene un reflejo adecuado en el marco de la legislación ordinaria, al faltar una normativa actualizada en el ámbito de las mejoras voluntarias que ayude a explicar no sólo su importancia presente sino también su -muy probable- mayor trascendencia futura.

Aun cuando suponga adelantar ya una de las conclusiones esenciales de la investigación realizada, cabe afirmar que es absolutamente necesario –y urgente- proceder a una actualización de la normativa que regula las mejoras

¹ Al respecto, GARCÍA MURCIA, J., “El espacio de las pensiones privadas”. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 1998; y SALVADOR PÉREZ, F., “Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 43, 1990, p. 517 y ss.

² GARCÍA MURCIA, J., “El espacio..”, op.cit. pág. 19.

voluntarias (en la línea puesta de manifiesto por el Acuerdo de Renovación del Pacto de Toledo de 2003), con un doble objetivo:

1º) Adecuarla a las necesidades actuales de trabajadores y empresas, así como dotarla de un alcance conjunto e integrado, con el objetivo de hacer encajar –de la forma más eficaz posible- todos aquellos aspectos que inciden en el desarrollo de las mejoras voluntarias (su puesta en práctica esencialmente a través de la negociación colectiva, la consideración de los planes y fondos de pensiones como una forma más de canalizar las mejoras voluntarias³, desarrollar una política fiscal coordinada con el papel que deben desarrollar aquéllas, establecer una normativa en materia de contrato de seguro pensada desde la lógica de las mejoras voluntarias...), es decir, es necesario y urgente regular de la forma más actualizada, completa y rigurosa posible las mejoras voluntarias, dado el papel que juegan en la actualidad en el marco de la negociación colectiva.

A ello cabe añadir que en esa nueva regulación debería primarse el papel de la negociación colectiva como forma de implantación de las mejoras voluntarias, recogiendo así, por otra parte, lo que ya sucede en la práctica.

Y, 2º) a la hora de establecer esa regulación debería valorarse, con el mayor rigor posible, cuál es el papel futuro que deben jugar las mejoras voluntarias como mecanismo complementario de protección social. Es decir, creemos llegado el momento en que el legislador no puede seguir la senda –desarrollada especialmente en los últimos años, como veremos en un apartado posterior- de promocionar las mejoras voluntarias de una forma indirecta –especialmente, como veremos, a través de la política fiscal o mediante declaraciones genéricas de los poderes públicos o agentes sociales- sino que debe plantearse cuál es papel real que las mejoras voluntarias –o las fórmulas complementarias de protección social en general- deben jugar en relación con el propio sistema público de Seguridad Social.

En definitiva, si la tendencia futura que cabe esperar es el mantenimiento de un sistema público de Seguridad Social con pensiones de cuantía media o incluso mínima, es hora que nuestro legislador defina verdaderamente cuál es el papel que van a jugar las prestaciones complementarias y, en consecuencia, las mejoras voluntarias, y ello teniendo en cuenta que tales prestaciones complementarias no pueden considerarse ya exclusivamente desde una perspectiva mercantil o fiscal –como una forma de inversión o, sobre todo, de desgravación fiscal- sino desde la perspectiva de la protección social, esto es,

³ Tal y como, por otra parte, reconoce el artículo 23.2.F) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

como una fuente de ingresos necesaria para el ciudadano a la hora de hacer frente a riesgos como la vejez o la incapacidad permanente.

A estos efectos no puede olvidarse la *“relación inversa”* que mantienen el sistema público de Seguridad Social y las fórmulas complementarias de protección social (entre ellas las mejoras voluntarias), por cuanto cabe tener presente que en los casos en que el sistema de Seguridad Social ofrece a los ciudadanos un nivel de protección suficiente y adecuado los sistemas complementarios tendrán poca importancia o su presencia será testimonial, en cambio cuando dicho sistema de Seguridad Social no puede ofertar a los sujetos protegidos, cualesquiera que sean los motivos, prestaciones sociales que les permitan mantener su nivel de vida o verse protegidos suficientemente frente a las eventuales situaciones de necesidad, la respuesta será la instauración y pleno desarrollo de los sistemas complementarios de protección social, que tendrán como finalidad inmediata cubrir las carencias del sistema público y obligatorio⁴.

Al margen de la propuesta anterior, no hay duda que, como se pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo, las mejoras voluntarias tienen una clara presencia en la reciente negociación colectiva. Prueba de ello es el hecho de que casi todos los convenios colectivos analizados –tanto empresariales como supraempresariales en el marco de las empresas privadas como los convenios colectivos del personal laboral y los acuerdos de funcionarios en las Administraciones Públicas- recogen algún tipo de mejoras voluntarias.

No obstante, también cabe afirmar que no se trata de una regulación convencional muy innovadora, por cuanto, en la gran mayoría de los supuestos, los convenios colectivos –y también los acuerdos de funcionarios- se limitan a recoger y mantener regulaciones tradicionales ya presentes en anteriores convenios y acuerdos, con lo que se da una cierta *“inercia negociadora”* en esta materia. A nuestro entender, ésta no es siempre la mejor opción, por lo que resultaría interesante –y recomendable- que las partes negociadoras de los

⁴ Al respecto, MANRIQUE LÓPEZ, F., *“La Seguridad Social..”*, op.cit. p. 392; ALONSO SAURA, J.L., *“Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenios Colectivos”*, Documentación Laboral, nº 32, p. 83; y SALVADOR PÉREZ, F., *“Las modalidades de previsión social..”*, op.cit. p. 531. A esta relación inversa se refiere indirectamente la Recomendación 14 del Acuerdo de Renovación del Pacto de Toledo cuando señala que: *“... la Comisión insta a seguir ahondando en las políticas que permitan avanzar hacia un sistema complementario de asistencia y prestaciones, externo a la Seguridad Social, con carácter claramente voluntario y financiado totalmente con aportaciones privadas independientes y no sustitutivas de las contribuciones obligatorias al sistema público de la Seguridad Social. Se trata de que la protección social voluntaria, además de orientarse específicamente a un horizonte de ahorro a medio y largo plazo, sirva de complemento y mejora a las prestaciones de la Seguridad Social, salvaguardándose siempre el principio y las bases del sistema público de pensiones...”*.

convenios colectivos y acuerdos de funcionarios tomaran una mayor consciencia del gran potencial que esconden las mejoras voluntarias.

Desde una perspectiva metodológica, la investigación realizada se ha estructurado en torno a dos grandes objetivos:

1º) Por un lado, el análisis exhaustivo y valoración crítica de la reciente negociación colectiva (a tal efecto se ha tomado como base los convenios colectivos empresariales y supraempresariales publicados en el Boletín Oficial del Estado durante los meses de enero a octubre de 2007, así como los convenios colectivos del personal laboral y acuerdos de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos aplicables en el marco de las Administraciones Públicas catalanas publicados en las mismas fechas en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña⁵), incluyendo algunos datos estadísticos sobre cada una de las materias examinadas. Análisis y valoración crítica que, desde la perspectiva material, ha abarcado las mejoras voluntarias vinculadas con las diversas prestaciones de Seguridad Social, esto es, aquéllas relacionadas con la asistencia sanitaria, la incapacidad temporal, la prestación por riesgo durante el embarazo, la maternidad, la incapacidad permanente, la jubilación, las prestaciones por muerte y supervivencia y las prestaciones familiares.

Y, 2º) por otro lado, en este trabajo se pretende ir más allá de ese estudio convencional con la finalidad de analizar aspectos especialmente problemáticos o novedosos claramente relacionados con el establecimiento de mejoras voluntarias a través de la vía de la negociación colectiva y que, en consecuencia, influyen en la compleja –e importante- interrelación existente entre las mejoras voluntarias y la negociación colectiva.

Ello nos lleva, entre otros elementos, a tratar cuestiones que no suelen incluirse en un estudio de estas características, pero que resultan esenciales si pretendemos desarrollar un estudio completo de la materia –la perspectiva fiscal a la que nos referiremos más adelante-, y un estudio innovador –nos referimos al análisis de la compleja relación teórica que se establece entre la figura de la “*negociación colectiva*” y las propias mejoras voluntarias, y al análisis de la compleja –e importante- implantación de las mejoras voluntarias en el marco de las Administraciones Públicas-. Con ello buscamos avanzar, en definitiva, hacia nuevas perspectivas –necesarias- en el ámbito de la relación entre mejoras voluntarias y negociación colectiva.

Partiendo de ambos objetivos, el presente trabajo se estructura en torno a las siguientes áreas de estudio, que conforman, a su vez, sus diferentes capítulos:

⁵ Los convenios colectivos y acuerdos de funcionarios analizados aparecen en el anexo de este trabajo.

- I. Análisis introductorio de la propia figura de las mejoras voluntarias: El objetivo de este capítulo es analizar los antecedentes y el marco jurídico vigente en materia de mejoras voluntarias, así como ofrecer un concepto de las mismas, poner de manifiesto sus principales características y los tipos de mejoras voluntarias existentes. También se analiza la naturaleza jurídica que cabe atribuir a las mejoras voluntarias.
- II. Estudio de la compleja relación existente entre la negociación colectiva y las mejoras voluntarias: La finalidad de este capítulo es analizar los problemas que plantea la utilización de la técnica de la "*negociación colectiva*" a la hora de poner en práctica las mejoras voluntarias, intentando dar solución, entre otros, a interrogantes tan importantes como los siguientes: ¿es el convenio colectivo la mejor vía para establecer mejoras voluntarias?, ¿qué tipo de convenio es el más adecuado?, ¿debería crearse una modalidad convencional *ad hoc*?, ¿qué ocurre en los casos de sucesión de empresas con las mejoras voluntarias fijadas en convenio colectivo?, ¿qué efectos tiene la sucesión de convenios colectivos en el marco de las mejoras voluntarias?.
- III. Análisis convencional y valoración crítica de las mejoras voluntarias vinculadas con la incapacidad temporal y la maternidad (incluyendo los supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural). En este ámbito se estudian, especialmente, las diversas formas como los convenios colectivos regulan los complementos vinculados con la situación de incapacidad temporal (requisitos, alcance subjetivo y material, cuantía, mecanismos de control, vinculación con el índice de absentismo en la empresa...).
- IV. Análisis convencional y valoración crítica de las mejoras voluntarias vinculadas con la incapacidad permanente y la muerte y supervivencia: en este capítulo no sólo se analiza la forma cómo los convenios colectivos tratan las mejoras voluntarias vinculadas con la incapacidad permanente o la muerte y supervivencia sino también la compleja relación existente entre negociación colectiva, mejoras voluntarias y contratos de seguros (regidos éstos por una normativa muy específica no pensada, en principio, para actuar en el marco de la negociación colectiva).

- V. Análisis convencional y valoración crítica de las mejoras voluntarias vinculadas con la jubilación: en este ámbito no sólo se analiza cómo los convenios colectivos introducen y regulan mejoras voluntarias en esta materia sino también la importante problemática planteada por los denominados “*premios de jubilación*”. También se trata, de forma especial, el papel que los planes y fondos de pensiones están jugando en la reciente negociación colectiva, así como las cláusulas vinculadas con la jubilación forzosa de los trabajadores.
- VI. Análisis convencional y valoración crítica de las mejoras voluntarias vinculadas con la protección de la familia y la asistencia sanitaria. En este capítulo se analizan los diversos tipos de mejoras relacionadas con el nacimiento o la adopción de hijos, así como aquéllas vinculadas con el cuidado de familiares discapacitados y con la prestación de asistencia sanitaria. También se trata la ayuda por estudios de familiares.
- VII. Análisis convencional y valoración crítica de las mejoras voluntarias instauradas en el marco de las Administraciones Públicas: en este capítulo se estudia una cuestión siempre olvidada en los trabajos de este tipo –y por ello especialmente novedosa e importante–: la forma como los convenios colectivos del personal laboral y los acuerdos y pactos de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos de las Administraciones Públicas regulan las mejoras voluntarias, poniendo, asimismo, de relieve los importantes problemas jurídicos que se plantean en este ámbito⁶. También se analiza la posición mantenida en este tema por los Tribunales –claramente enfrentada al contenido de la reciente negociación colectiva– así como las novedades incorporadas por la reciente aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público.
- VIII. Estudio de la regulación fiscal de las mejoras voluntarias, de los planes y fondos de pensiones y de las medidas de acción social: en este capítulo se estudia un tema de especial interés: la forma como el Derecho Financiero y Tributario trata las distintas modalidades de mejoras voluntarias y de medidas de acción social objeto de regulación por la reciente negociación colectiva, con el objetivo de poner de manifiesto cuáles son las consecuencias fiscales –para las empresas y para los trabajadores– derivadas del recurso o no a las mejoras

⁶ Análisis que se ha limitado, por razones metodológicas, a las Administraciones Públicas catalanas (administraciones locales).

voluntarias y a las medidas de acción social en el marco de los convenios colectivos. Se trata de una cuestión muy importante que no suele tratarse en los estudios sobre mejoras voluntarias y que, por ello, nos ha parecido de especial interés para valorar, desde una perspectiva de conjunto, el papel real que las mejoras voluntarias (y las medidas de acción social) juegan –o deben jugar– en el marco de la negociación colectiva.

IX. Conclusiones.

CAPÍTULO I. EL MARCO GENERAL DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

I. La compleja delimitación de la figura: El concepto y las características generales y específicas de las mejoras voluntarias.

Tal y como hace años viene señalando la doctrina, la delimitación de lo que debe o puede entenderse como “*mejoras voluntarias*” –tanto en el presente como en el futuro– no es una tarea fácil sino que, por el contrario, nos encontramos ante una labor bastante compleja.

En esta importante cuestión cabe partir del hecho de que no existe un concepto legal genérico de mejoras voluntarias (sólo existe un concepto específico en el marco de la cotización)⁷, habiendo recurrido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, a definiciones muy diversas, con un alcance material bastante diferente.

De este modo, las mejoras voluntarias se han definido, por ejemplo, como “*.. 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*”⁸, o 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 activo*”⁹.

⁷ Sólo existe una definición en el marco específico de la cotización, así en el artículo 23.2.F) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, se señala que: “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, a que se refieren los artículos 192 y 193 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 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. Únicamente podrán tener la consideración de mejoras de las prestaciones económicas de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia otorgadas por dicho Régimen General de la Seguridad Social las aportaciones efectuadas por los empresarios a planes de pensiones y a la financiación de las primas de contratos de seguro, destinadas a satisfacer los compromisos por pensiones derivados de las citadas contingencias y asumidos con el personal de la empresa..”

⁸ GALLARDO MOYA, R. “Las mejoras voluntarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva”, Relaciones Laborales, nº 14, 1991, p. 10.

⁹ GARCÍA BECEDAS, G., “La Seguridad Social Complementaria en España”, III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 20.

A nuestro entender, las mejoras voluntarias pueden definirse como aquellas obligaciones empresariales derivadas de la propia voluntad empresarial o fruto del contrato de trabajo o de la negociación colectiva que tienen como objeto complementar la acción protectora otorgada por el sistema de Seguridad Social¹⁰ (con independencia del tipo de prestación de que se trate <asistencia sanitaria, incapacidad temporal o permanente, jubilación, prestaciones de muerte y supervivencia...> y del riesgo que la cause <común o profesional>).

Partiendo de ese concepto, cabe distinguir entre aquellas características generales vinculadas con la propia figura de las mejoras voluntarias considerada desde una perspectiva general y aquellas características específicas que marcan su propia existencia.

Por un lado, respecto a las características generales de las mejoras voluntarias, cabe poner de relieve las siguientes¹¹:

1ª) En primer lugar, cabe destacar que resulta bastante compleja la propia delimitación material y subjetiva de las mejoras voluntarias.

Y ello se debe, entre otros factores, a que, como se pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo, estamos ante una materia en la que se entrecruzan y resultan de aplicación tanto normas laborales (especialmente aquellas relacionadas con la negociación colectiva y con el contrato de trabajo) como de Seguridad Social (especialmente aquellas normas que regulan las prestaciones y las propias mejoras voluntarias), normas mercantiles (por ejemplo, la regulación existente en materia de contratos de seguros) y fiscales (de forma particular aquellas normas vinculadas con el tratamiento fiscal de las mejoras voluntarias <normativa sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sobre el Impuesto de Sociedades..), la legislación que regula los planes y fondos de pensiones, normas civiles, normas procesales, etc. Y también normas comunitarias así como el propio reconocimiento constitucional recogido, como señalábamos páginas atrás, en el artículo 41 *in fine* de la Constitución.

A lo que cabe añadir que, como veremos, la regulación específica vigente sobre esta materia resulta, en gran medida, obsoleta.

2ª) En segundo lugar, cabe tener presente que estamos ante una figura que tiene una enorme trascendencia en la práctica, por cuanto, como veremos a lo largo de este trabajo y ya hemos apuntado con anterioridad, la gran mayoría de los convenios colectivos vigentes (tanto empresariales como supraempresariales así como los referidos a las Administraciones Públicas,

¹⁰ GALA DURÁN, C., "El régimen jurídico..", op.cit. p. 31.

¹¹ GALA DURÁN, C., "El régimen jurídico..", op.cit. p. 19 y ss.

incluidos los acuerdos y pactos de funcionarios) recogen mejoras voluntarias, de diverso tipo y alcance, tanto material como subjetivo.

A lo que cabe añadir que esta tendencia o característica no es nueva, sino que precisamente la regulación de mejoras voluntarias constituye un contenido clásico de nuestros convenios colectivos, y ha estado presente en ellos desde hace bastantes años. Sin embargo, sí puede afirmarse que a lo largo de los años se ha producido un importante cambio de tendencia¹², de una gran relevancia, tanto presente como, sobre todo, futura.

En efecto, no cabe ignorar que hasta la década de los años setenta del siglo pasado se consideró, a pesar de la crisis económica y de las recomendaciones de los organismos internacionales, que el sistema de Seguridad Social podía y debía ofrecer unas prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos y frente a todas las situaciones de necesidad previstas, lo que implicaba que las fórmulas complementarias de protección social –entre ellas, las mejoras voluntarias–, fueran no sólo irrelevantes en la práctica sino que, además, eran consideradas por los propios trabajadores y los agentes sociales como marginales, residuales, anecdóticas e incluso como arcaicas¹³.

Sin embargo, a principios de los años 80 del siglo pasado se produjo un importante cambio de panorama, al empezar a aparecer serias dudas en torno a la capacidad del sistema de Seguridad Social para otorgar la protección necesaria a todos los ciudadanos. Entre los factores que incidieron en ese cambio de tendencia cabe citar los siguientes¹⁴: 1) una fuerte incertidumbre sobre la evolución del sistema de Seguridad Social y sobre su estabilidad futura, que quedó plasmada en varias iniciativas: la creación de una Comisión para el Análisis y la Racionalización de la Seguridad Social (Acuerdo Nacional sobre Empleo) y el documento presentado por el Gobierno a las Cortes en 1982, conocido como *“Libro Verde”*, en el que se recogía una postura gubernamental

¹² Siguiendo a GALA DURÁN, C., “El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social”, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 15 y ss.

¹³ Según GARCÍA MURCIA, “.. durante los años de esplendor de la previsión social pública (quizás, el período transcurrido entre la II Guerra Mundial y la constatación de <crisis económica> a lo largo de los setenta), el papel de la previsión privada fue, pues, bastante limitado. De un lado, los sistemas públicos de seguridad social experimentaron en ese período una constante expansión, tanto desde el punto de vista de la población protegida como en lo que se refiere a su acción protectora (medida por el número de contingencias protegidas y por el nivel de las prestaciones); lo cual, probablemente, originó una gran confianza en su estabilidad y capacidad para hacer frente a las necesidades de protección social, al mismo tiempo que generó cierta despreocupación desde los poderes públicos hacia los mecanismos de aseguramiento privado..”. También, MÁNRIQUE LÓPEZ, F., “La Seguridad Social..”, op.cit. p. 394.

¹⁴ Al respecto, Ponencia para el “Análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse”. Madrid, 1995.

abierta al debate con las fuerzas sociales, sobre la viabilidad del sistema de Seguridad Social; 2) la falta de cobertura social, al existir amplias capas de la población sin protección, y escasa intensidad en la misma, reflejada en la existencia de pensiones muy reducidas para un gran colectivo de pensionistas, como consecuencia de los mecanismos de cotización con arreglo a los cuales se habían causado; 3) un nivel importante de utilización indebida de la protección y de incumplimientos de la obligación de cotización que suponían, entre otros extremos, un factor de deslegitimación del propio sistema; 4) el uso de los mecanismos de Seguridad Social para resolver problemas que le eran ajenos (reconversiones industriales) y que unido al otorgamiento de protección a determinados colectivos sin la correspondiente cobertura financiera, originó la asunción de importantes cargas indebidas con un notable efecto en el gasto; y, 5) la persistencia de graves deficiencias en la gestión del sistema de Seguridad Social.

Ese nuevo panorama implicó la necesidad de plantearse ciertos –importantes- recortes en el alcance de la protección del sistema de Seguridad Social, con el objetivo de intentar garantizar la propia supervivencia del mismo. Como manifestaciones de esa nueva tendencia cabe citar la elevación de los topes máximos de cotización con la finalidad de potenciar el carácter contributivo del sistema y mejorar el nivel de las prestaciones, la institucionalización en cierto modo de la revaloración anual de las pensiones en función del IPC, la reconducción del crecimiento de las pensiones de invalidez a través de la aprobación del Real Decreto 1081/1984, y, sobre todo, la aprobación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora del sistema de Seguridad Social.

Dicha Ley 26/1985 tuvo como objetivo esencial conseguir un mayor equilibrio y proporcionalidad entre el esfuerzo contributivo realizado mediante la cotización y las prestaciones recibidas por el beneficiario como consecuencia de dicho esfuerzo. Con tal fin, y entre otras medidas, se amplió el período necesario para acceder a la pensión de jubilación de 10 a 15 años –aunque se utilizó un largo período de derecho transitorio-, y se aumentó, de 2 a 8 años, el período de cotización a tener en cuenta para el cálculo de la citada pensión.

Lógicamente, esas dos medidas tuvieron algunos efectos sobre la estabilidad económica del sistema de Seguridad Social al reconducir parcialmente la necesaria correlación entre cotizaciones y prestaciones, pero, a la vez, y, sobre todo, se plasmaron, de forma mediata o inmediata, en un recorte del alcance de la protección que ofrecía, especialmente en materia de jubilación, el sistema de Seguridad Social, lo que comportó, como efecto inverso –pero ineludible- un importante incremento del espacio e importancia otorgados hasta ese momento a las fórmulas complementarias de protección social. Un ejemplo de ello fue la aprobación, en 1987, de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

En efecto, tal y como ha señalado, con total claridad, la doctrina¹⁵ *“con ese nuevo contexto no sólo se pone en cuestión la viabilidad del sistema público de seguridad social, al menos en la configuración que había tenido en las décadas precedentes, sino que, al mismo tiempo, se gira la vista a los mecanismos privados de aseguramiento, por sus posibilidades de colaboración en la protección de los riesgos sociales; ni qué decir tiene que desde los sectores empresariales dedicados a la actividad aseguradora y, en general, desde el campo de la iniciativa privada, arrecian las llamadas y las presiones con vistas a un cambio de actitud de los poderes públicos, menos restrictivo y más incentivador de los instrumentos de protección de carácter privado. Ello ha supuesto, a la postre, un significativo cambio de tendencia en la ordenación legal de la previsión social; un cambio que no siempre ha sido transparente, y que generalmente ha estado ayuno de la necesaria programación, pero que ha aflorado en la mayor parte de los documentos preparados en nuestro país para la reforma de la seguridad social o, en general, del sistema de previsión de los riesgos sociales..”*.

Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/1985 se inició una nueva etapa en la que se adoptaron numerosas medidas legales, algunas de ellas de un importante alcance, centradas, por ejemplo, en la reforma de la estructura financiera del sistema de Seguridad Social, en una nueva modificación -de línea restrictiva- en la fórmula de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación (Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social), en la extensión subjetiva del alcance de la atención sanitaria, en el establecimiento de prestaciones no contributivas con la consiguiente ampliación -desde la perspectiva asistencial- de la acción protectora del sistema, en la reforma y mejora parcial de la forma de gestionar el sistema de Seguridad Social, en la mejora de las pensiones mínimas y de pensiones como la de viudedad o en la implantación y desarrollo de la denominada *“jubilación gradual y flexible”*.

Y dentro de esa nueva etapa también se dieron algunos pasos -más tímidos, no obstante, que los anteriores- en el sentido de promocionar e incentivar el desarrollo de las prestaciones complementarias del sistema de Seguridad Social y, entre ellas, las mejoras voluntarias. Promoción que se ha llevado a cabo a lo largo de bastantes años y través de varias vías.

En primer lugar, cabe tener muy presente que hace años que algunas fórmulas complementarias de protección social -que sirven para articular las mejoras voluntarias- están siendo objeto de una importante promoción e incentivo por parte, incluso, de los poderes públicos.

Nos referimos, por ejemplo, al hecho de que la Recomendación 14 del Pacto de Toledo¹⁶ señalase, ya en 1995, que el sistema público y obligatorio

¹⁵ GARCÍA MURCIA, J., “El espacio..”, op.cit. pp. 12-13.

¹⁶ Conclusiones de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. Madrid, 1995.

podía complementarse, voluntariamente, por sistemas de ahorro y protección social, tanto individuales como colectivos, externos a la Seguridad Social, que tuvieran por objetivo exclusivo mejorar el nivel de prestaciones que otorga la Seguridad Social pública y, por ello, se recomendaba *“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”*.

En el mismo sentido, el Acuerdo sobre *“Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social”*, celebrado en 1996 entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas, realizaba en su apartado h) una valoración positiva de los sistemas *“voluntarios complementarios del sistema público, tanto individuales como colectivos”*, por su clara contribución a la efectividad del sistema constitucional de protección social y su virtualidad para el ahorro, pidiendo, en cualquier caso, un régimen de garantías básicas y una *“regulación adecuada desde el punto de vista fiscal”*.

O, en fin, más recientemente, la Recomendación 14 del Acuerdo de Renovación del Pacto de Toledo, de octubre de 2003, establece, con total claridad, que: *“... La Comisión constata el insuficiente grado de desarrollo de la previsión complementaria en España y la necesidad de seguir reforzándola. La Comisión entiende que las medidas que se adopten en el futuro en materia de previsión social complementaria han de tener en cuenta las circunstancias y particularidades que concurren en cada uno de los pilares que configuran nuestro sistema de Seguridad Social (universalidad, contributividad y complementariedad). Es necesario continuar desarrollando una aproximación diferenciada entre los instrumentos de previsión empresarial y laboral y los planes de pensiones y seguros individuales. La Comisión entiende que se deben facilitar y primar la extensión e incorporación en planes de pensiones de empleo y seguros colectivos del mayor número de trabajadores, permitiendo una amplia cobertura de los sistemas de previsión complementarios sobre el conjunto de la población activa, incluyendo en ellos al sector público. La Comisión considera también la negociación colectiva como vía estratégica 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. Por consiguiente, la Comisión insta a seguir ahondando en las políticas que permitan avanzar hacia un sistema complementario de asistencia y prestaciones, externo a la Seguridad Social, con carácter*

claramente voluntario y financiado totalmente con aportaciones privadas independientes y no sustitutivas de las contribuciones obligatorias al sistema público de la Seguridad Social. Se trata de que la protección social voluntaria, además de orientarse específicamente a un horizonte de ahorro a medio y largo plazo, sirva de complemento y mejora a las prestaciones de la Seguridad Social, salvaguardándose siempre el principio y las bases del sistema público de pensiones, y reafirmando que dichos sistemas complementarios tiene como objetivo el complementar y no el sustituir las pensiones públicas. A tal fin la Comisión recomienda dotar de estabilidad y garantizar la neutralidad del actual sistema de previsión social complementaria, regular un seguro de dependencia complementario de carácter privado y potenciar los sistemas complementarios de la Seguridad Social en el marco de la negociación colectiva..”.

Y en la misma línea anterior, pero desde la perspectiva de medidas más concretas y de carácter fiscal, la Ley 8/1987, sobre planes y fondos de pensiones, en combinación con la normativa del IRPF estableció diversos beneficios a favor de las aportaciones que se realizasen a un plan de pensiones (calificación como “gasto deducible” o aplicación de reducciones en la base imponible). Por su parte, la Ley 43/1995, sobre el Impuesto de Sociedades, declaró gasto deducible las contribuciones de los promotores de planes de pensiones, imputadas a cada partícipe en la parte correspondiente, así como las contribuciones para la cobertura de contingencias análogas a la de los planes de pensiones en determinadas condiciones. También se favorecieron los fondos de pensiones, al quedar sujetos a un tipo de gravamen cero, con derecho a devolución de retenciones.

Esas medidas tuvieron como efecto otorgar a los planes y fondos de pensiones un trato más favorable respecto de otras fórmulas de protección social complementaria como las mutualidades de previsión social o las mejoras voluntarias. Esa diferencia fue resuelta, no obstante, mediante la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, que extendió el beneficio de reducción del coste en la parte regular de la base imponible a la generalidad de las aportaciones a los mecanismos privados de aseguramiento y generación de pensiones (es decir, tanto a las aportaciones de los partícipes a los planes de pensiones, incluyendo las aportaciones del promotor, como a las cantidades abonadas a mutualidades de previsión social, con independencia de que éstas actuaran como sistemas alternativos de previsión social a planes de pensiones para trabajadores por cuenta ajena, como instrumentos de protección complementaria para profesionales o empresarios individuales integrados en cualquier régimen de Seguridad Social o para profesionales no integrados en el sistema público de Seguridad Social).

Esa misma línea de promoción a través de medidas fiscales se ha manifestado en varias normas aprobadas a lo largo de los últimos años; medidas dirigidas especialmente al ámbito de los planes y fondos de pensiones.

No hay duda, pues, que, en los últimos años, tanto a través de declaraciones genéricas –pero de evidente trascendencia- como son el Pacto de Toledo de 1995 o su Acuerdo de Renovación de octubre de 2003, como en medidas concretas en el marco fiscal se han ido adoptando medidas dirigidas a promocionar el desarrollo de las prestaciones complementarias del sistema de Seguridad Social (entre ellas las mejoras voluntarias).

Sin embargo, y en segundo lugar, esa promoción se ha llevado a cabo también a través de otro mecanismo: mediante la adopción de diversos –e importantes- cambios normativos, centrados especialmente en el ámbito de la regulación de los planes y fondos de pensiones. Prueba de ello fue la modificación de la Ley 8/1987, la aprobación y modificación de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados –que impuso un cambio de modelo, más garantista, en el marco de las mejoras voluntarias-, así como la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones en el año 2002.

Y junto a ello, y desde la perspectiva del Derecho Comunitario, también cabe citar, junto con la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa al principio de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, la, más reciente, 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 Unión Europea.

No hay duda que el hecho de que el legislador –comunitario y estatal- haya optado por introducir importantes cambios a nivel normativo es una prueba más de la importancia creciente de las fórmulas complementarias de protección social –y entre ellas, de las mejoras voluntarias-.

En definitiva, en los últimos años se han producido diversos intentos de promocionar dichas fórmulas complementarias, lo que implica que las mismas y, concretamente, una de sus manifestaciones, como es el caso de las mejoras voluntarias, no pueden ser ya consideradas como una figura residual o arcaica. Esa realidad se constata, asimismo, en el marco de la reciente negociación colectiva.

3ª) En tercer lugar, cabe tener en cuenta que, en principio, las mejoras voluntarias resultan equiparadas a las prestaciones de la Seguridad Social, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 que las regula, las mejoras voluntarias tendrán los caracteres atribuidos a las prestaciones de Seguridad Social *“y una vez establecidas de acuerdo con lo que en la presente Orden se dispone, se entenderán que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social”*.

Ello implica que, tal y como han señalado los Tribunales, en el marco de las mejoras voluntarias las normas de Seguridad Social resultan de aplicación preferente sobre otro tipo de normas como, por ejemplo, aquéllas que regulan los contratos de seguro. De este modo, en la STS de 17 de enero de 1996 ya se estableció que: *“esta <lex specialis> no puede considerarse derogada por la legislación general posterior de ordenación del seguro privado, teniendo en cuenta las características peculiares de la materia regulada, relativas tanto al acto de implantación de las mejoras voluntarias de Seguridad Social, que es un Convenio Colectivo o una decisión empresarial, como a su configuración técnica, que no requiere necesariamente la intervención de una entidad aseguradora, sino que, como sucede en el caso enjuiciado, puede ser llevada a cabo por las empresas <por sí mismas>..”*.

Cabe tener presente, no obstante, que, en opinión de los Tribunales, la voluntad de las partes –y en consonancia, el contenido de un convenio colectivo- prevalece, en todo caso, frente a la normativa de Seguridad Social a la hora de definir el alcance y contenido de las mejoras voluntarias. Tesis que se ha defendido en ámbitos tan diversos como la delimitación de los sujetos beneficiarios de una mejora voluntaria¹⁷, la determinación del correspondiente riesgo¹⁸, la delimitación del hecho causante de la mejora voluntaria¹⁹ o a la hora de concretar el alcance de la misma²⁰. De ahí la importancia que asume la negociación colectiva en este ámbito y la especial trascendencia de la forma cómo ésta fija y regula las mejoras voluntarias.

Tal y como se constata en algunos apartados de este trabajo, los recientes convenios colectivos no regulan siempre de una forma adecuada dichas mejoras –por ejemplo, no definen con claridad quiénes son los beneficiarios, el tipo de contingencia protegida, si alcanza la mejora a todos los tipos de incapacidad permanente o sólo a algunos de ellos, la fecha de efectos de la mejora..- lo que da lugar, en la práctica, a bastantes litigios. Cabe recomendar que las partes negociadoras de los convenios colectivos (y de los acuerdos de funcionarios) sean especialmente rigurosas a la hora de definir con claridad tanto el alcance subjetivo como material y temporal de la correspondiente mejora voluntaria, evitando así problemas futuros en el momento de su aplicación.

Y, 4ª) finalmente, cabe tener en cuenta que las mejoras voluntarias no agotan las posibilidades de complementar las prestaciones del sistema de Seguridad Social, sino que representan, tal y como se deduce de su propio concepto, una modalidad específica de protección social complementaria, esto

¹⁷ Entre otras, SSTSJ de Castilla y León de 28 de enero de 1997 (AS 292) y 28 de febrero de 1995 (AS 636).

¹⁸ Entre otras, STSJ de Castilla y León de 16 de mayo de 1997 (AS 1454).

¹⁹ Entre otras, SSTSJ del País Vasco de 11 de marzo de 1997 (AS 1297) y de Aragón de 22 de diciembre de 1997 (AS 4297).

²⁰ Así, entre otras, STS de 20 de marzo de 1997 (RJ 2591) y STSJ de Andalucía de 30 de abril de 1997 (AS 3319).

es, aquélla que se articula en el marco de una relación laboral y cuya puesta en práctica puede venir dada por un acto unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio colectivo.

Por tanto, no son mejoras voluntarias pero sí fórmulas complementarias de protección social los planes de pensiones cuando es el propio sujeto el que individualmente –y al margen, en consecuencia, de su relación laboral- decide contratarlo con una entidad aseguradora o bancaria, o los seguros, cuando se articulan del mismo modo.

Entrando ya en las características específicas de las mejoras voluntarias, éstas se concretan en las siguientes²¹:

1ª) La primera característica se centra en que nos encontramos, tal y como su denominación indica, ante una medida voluntaria, esto es, las mejoras voluntarias se instauran de una forma voluntaria, ya sea por decisión unilateral del empresario, a través del contrato de trabajo o mediante la negociación colectiva (vía más habitual, tal y como se deriva de este trabajo).

2ª) La segunda característica específica de las mejoras voluntarias se concreta en que éstas, una vez instauradas, son obligatorias. Esto es, a pesar de su “voluntariedad” intrínseca apuntada anteriormente, una vez establecidas las mejoras voluntarias resultan obligatorias desde la perspectiva de su obligado reconocimiento a los futuros beneficiarios y en lo relativo a su eventual modificación o supresión (cuestión ésta última sobre la que profundizaremos en el siguiente capítulo).

Esta nota de “obligatoriedad” se fundamenta en lo dispuesto en el complejo artículo 192 de la LGSS, donde se señala 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 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”*.

²¹ ALONSO SAURA destaca los siguientes rasgos de la protección social complementaria: 1) su singular regulación, en que tiene un mayor margen la voluntad negocial; 2) su financiación habitual con fondos privados y a cargo de responsables del mismo carácter; 3) es, en principio, extraña a la misma la gestión estatal por tener una proyección esencialmente privada, sin perjuicio de las facultades de autorización, inspección y tutela que en algunos supuestos corresponden al Ministerio de Economía y Hacienda, ya que, sin duda, subyace un interés social; 4) queda al margen de la garantía de Estado, en cuyo sentido son libres; tal libertad comprende asimismo la expresión de la libertad negocial y la determinación de su contenido posible en el contexto legalmente admisible; su finalidad tiende a obtener prestaciones superadoras del estricto ámbito que corresponde a la Seguridad Social; “Las mejoras voluntarias..”, op.cit. p. 81. Y GALA DURÁN, C., “El régimen jurídico..”, pp. 32 y ss.

3ª) En tercer lugar, cabe destacar que las mejoras voluntarias tienen un carácter complementario, por cuanto su finalidad es complementar las prestaciones del sistema de Seguridad Social, sea cual sea su naturaleza.

Cabe tener presente, no obstante, que el alcance de esa función de “*complemento*” se define de forma diferente por parte de la doctrina.

En este sentido, cabe señalar, por ejemplo, que algunos autores han defendido que las mejoras voluntarias deben interpretarse de una manera estricta, es decir, entienden que dichas mejoras deben afectar necesariamente a las mismas contingencias y mantener la misma estructura que las prestaciones de Seguridad Social que complementan. En este sentido se ha afirmado que “*.. del tenor literal del artículo 39 de la LGSS se deduce que los pactos en materia de seguridad Social instrumentados a través de las mejoras voluntarias, deben necesariamente complementar, la protección dispensada por el Sistema de Seguridad Social, con la única finalidad de mejorar, el nivel básico del Sistema de Seguridad Social, no se trata de suplantar sino de perfeccionar el nivel mínimo. Por tanto... es evidente que esta mejora debe coincidir con el objeto, sujeto y contingencia del Sistema básico de Seguridad Social..*”²².

Mientras que otros autores consideran que las mejoras voluntarias pueden proteger frente a las mismas contingencias o ante contingencias diferentes de las previstas por el sistema de Seguridad Social, pudiendo recurrir, en su caso, a una estructura prestacional diferente de la utilizada en el marco del sistema de Seguridad Social²³.

A nuestro entender, sólo son mejoras voluntarias aquéllas que protegen al mismo colectivo y las mismas contingencias que el sistema de Seguridad Social público, complementando de esa forma sus prestaciones. Y partiendo de

²² DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., “Las mejoras...”, op.cit. p. 84. También, MARTÍN VALVERDE, A., “Las mejoras voluntarias de Seguridad Social”. Instituto García Oviedo. Sevilla, p. 14.

²³ Tal y como afirma SALVADOR PÉREZ “.. la complementariedad viene a ser un género que admite varias especies; en un sentido amplio, hace referencia al conjunto de fórmulas concurrentes y superpuestas a la protección obligatoria, que tienen por objeto dispensar unas rentas adicionales o suplementarias mediante prestaciones y sobre contingencias que no coincidan necesariamente con las previstas por el régimen obligatorio. En un sentido más restringido, la noción de protección complementaria se reserva para aquellas otras fórmulas que dispensan unas rentas adicionales cubriendo las mismas contingencias y que utilizan el mismo esquema de prestaciones que el sistema básico al que complementan. En fin, una última fórmula de complementariedad... es la denominada protección integrada complementaria, susceptible también de varias acepciones.. pero, en todo caso, parece que suele reservarse aquel término a los casos en que se produce una integración formal y efectiva de un régimen complementario en otro público y básico...”, en “Las modalidades de previsión social..”, op.cit. pp. 515-516.

ese concepto, cabe distinguir dos tipos de mejoras: las propiamente complementarias y las autónomas.

De este modo, son mejoras complementarias aquéllas que se refieren a las mismas contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social y que utilizan la misma estructura prestacional presente en dicho sistema (por ejemplo, constituye una mejora de este tipo el complemento de la prestación de incapacidad temporal previsto en convenio colectivo, por cuanto no sólo se complementa una prestación sino que, además, la mejora se añade a la prestación pagándose también de una forma periódica); en cambio, las mejoras autónomas, si bien protegen las mismas prestaciones que el sistema de Seguridad Social, recurren a una estructura diferente (es el caso, por ejemplo, del premio por jubilación anticipada previsto en los convenios colectivos: se complementa una prestación del sistema pero no se paga la mejora de una forma periódica sino que se recurre a una indemnización que se percibe una sola vez).

Este concepto y tipología de mejoras voluntarias nos lleva a excluir del marco de las mejoras voluntarias tres supuestos:

1º) La denominada *“acción social empresarial”* o *“acción asistencial empresarial”*, también presente con bastante frecuencia en la reciente negociación colectiva y que se manifiesta en figuras como las siguientes: créditos a los trabajadores para la adquisición de vivienda u otros bienes, bolsas de estudio para los propios trabajadores o para sus familiares, anticipos, ayudas a la formación, economatos, bolsas de viaje, fondos sociales, ayudas para la renovación del permiso de conducir, etc.

Esta exclusión –avalada por la jurisprudencia²⁴– supone que en el presente trabajo no abordaremos la acción social o asistencial empresarial, con dos excepciones: a) el capítulo dedicado a la regulación de las mejoras

²⁴ En este sentido, entre otras, STSJ de Murcia de 6 de noviembre de 1996 (AS 3927), donde se afirma: “.. en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo.. que declara ajustada a derecho la decisión de la empresa... de no abonar la prima de economato a los empleados que pasan a la situación de jubilados <no es este beneficio de los jubilados una mejora voluntaria de Seguridad Social, teniendo en cuenta que no atiende a la cobertura de las situaciones de necesidad objeto de la Seguridad Social básica: no son de aplicación, por tanto, las reglas de implantación y supresión previstas para estas prestaciones complementarias en la Ley General de la Seguridad Social. Tampoco se puede considerar esta ayuda económica a los jubilados como una mejora salarial, puesto que no retribuye trabajo prestado. Su caracterización correcta es la de un beneficio de carácter asistencial por razón de la vinculación anterior del beneficiario a la empresa. Es éste un campo de la acción asistencial en el que, habida cuenta de la desaparición de la relación de trabajo, no puede jugar como canon hermenéutico para supuestos dudosos el criterio de interpretación de actos jurídicos de la <mayor reciprocidad de intereses>, y en el que sí tiene cabida en cambio el criterio de la <menor transmisión de derechos e intereses> previsto para los actos de liberalidad o de concesión de beneficios a título gratuito..”.

voluntarias en el marco de las Administraciones Públicas, donde se analizará también –de forma breve- esta acción asistencial o social por la importancia que la misma tienen en dicho ámbito y los problemas que la misma ha planteado en los Tribunales; y, b) el capítulo dedicado al tratamiento fiscal de las mejoras voluntarias, con el objetivo de poder comparar el trato fiscal que se da actualmente a las mejoras voluntarias y a la acción social empresarial.

En definitiva, la acción social o asistencial empresarial puede tener, según las circunstancias concurrentes, naturaleza salarial o extrasalarial, constituir un contenido más del convenio colectivo o una condición más beneficiosa al no provenir del mismo, e incluso podría considerarse uno de los elementos de la denominada “*responsabilidad social de la empresa*”, pero, en todo caso, no puede calificarse como un tipo de mejoras voluntarias.

2º) Aquellas prestaciones complementarias destinadas a colectivos no protegidos actualmente por el sistema de Seguridad Social.

Y, 3º) aquellas mejoras destinadas a proteger contingencias no cubiertas actualmente por nuestro sistema de Seguridad Social, como, por ejemplo, los premios por nupcialidad o las prestaciones familiares fundamentadas en tener el cónyuge o un ascendiente a cargo. Se trata de mejoras que se encuentran todavía presentes en el marco de la reciente negociación colectiva, pero que, a nuestro entender, no cabe calificar como mejoras voluntarias.

En fin, el carácter “*complementario*” y, en consecuencia, la clara y necesaria interrelación existente entre las prestaciones del sistema de Seguridad Social y la figura de las mejoras voluntarias se fundamenta en los siguientes argumentos:

a) La existencia de una previsión o protección complementaria presupone la presencia necesaria de una prestación de base, en este caso de carácter público.

b) El artículo 39 de la LGSS prevé que las mejoras voluntarias quedan referidas, única y exclusivamente, a la modalidad contributiva de la acción protectora del sistema de Seguridad Social y al colectivo en ella incluido, añadiéndose a ello que sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva.

c) El artículo 38 de la LGSS restringe el marco protector del sistema de Seguridad Social a las contingencias expresamente previstas en el mismo.

d) Tal y como viene reiterando la jurisprudencia, es consustancial al propio concepto de mejora voluntaria la previa existencia de una prestación de

Seguridad Social, por lo que si falta ésta no se puede causar derecho a mejora²⁵; y,

e) finalmente, cabe tener presente la necesaria aplicación de las reglas que rigen las prestaciones de Seguridad Social en los supuestos en que el alcance o contenido de la mejora voluntaria no está definido totalmente (en los casos, por ejemplo, en que no se han definido los beneficiarios de la mejora o no se han definido de forma adecuada, o los supuestos en que un “accidente” o una “enfermedad” recogidos en términos genéricos va a dar lugar a percibir una mejora, o los grados de incapacidad permanente que permitirán acceder a la misma si en el convenio colectivo no se ha establecido nada al respecto...).

Por tanto, tal y como ha destacado la doctrina²⁶ *“las mejoras voluntarias mantienen una vinculación muy estrecha con el sistema de Seguridad Social, tanto desde un punto de vista formal (se regulan en el propio TRLGSS) como desde el punto de vista de su funcionamiento: a) su ámbito de aplicación guarda una estrecha conexión con el sistema público, en la medida en que se pueden constituir a favor de quienes ya están incorporados al sistema; b) su alcance y su acción protectora toman como punto de referencia lo dispuesto por la normativa de Seguridad Social, precisamente para mejorar su contenido (con independencia de que en la delimitación de las contingencias protegidas, o de sus prestaciones, puedan presentar diferencias); y, c) su gestión puede ser encomendada a la Administración de la Seguridad Social..”*.

4ª) La cuarta característica específica de las mejoras voluntarias se centra en que las mismas son objeto de una gestión privada y no pública. Ello implica, por un lado, que en su puesta en marcha y diseño se otorga un amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad (individual o colectiva) de las partes implicadas y, por otro, que la gestión suele correr a cargo de entidades privadas (entidades gestoras de planes y fondos de pensiones, compañías de seguros, empresas...).

Ello comporta que, como se pone de manifiesto a lo largo de este trabajo, las partes negociadoras de los convenios colectivos tienen una amplia libertad – y la ejercen- a la hora de fijar el alcance –subjetivo, material y temporal- y el contenido de las mejoras voluntarias (beneficiarios concretos, definición específica de las contingencias protegidas, alcance temporal, estableciendo requisitos adicionales a los previstos en la LGSS, forma específica de gestión <a cargo de la empresa, recurso a contratos de seguro o planes de pensiones..>...).

²⁵ Así, por ejemplo y entre otras muchas, la STSJ de Andalucía de 2 de mayo de 1996 (AS 3471) afirma que: “.. lo acordado constituye una mejora de prestaciones que una vez asumida queda integrada en la acción protectora de la Seguridad Social, con lo que su contenido, alcance, límites y gestión viene configurada por las normas de prestaciones y supeditada a su previa existencia, de la que se constituye en complemento, debiendo correr la misma suerte que experimente la prestación mejorada, al depender lo accesorio de lo principal..”.

²⁶ GARCÍA MURCIA, J., “El espacio..”, op.cit. pp. 43-44.

Y tal y como manifestábamos páginas atrás, es necesario que dichas partes negociadoras delimiten con el mayor rigor y claridad posible el ámbito – subjetivo, material y temporal- de aplicación de las mejoras voluntarias.

No obstante, también se prevé una cierta intervención pública que puede ser de dos tipos. Por un lado, en determinados casos, la Administración Pública tiene atribuidas las facultades de autorización, inspección y tutela (en el supuesto, por ejemplo, de los planes y fondos de pensiones).

Y por otro, el artículo 193 de la LGSS establece que las mejoras voluntarias pueden ser gestionadas por la Administración de la Seguridad Social, al prever 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..”*.

5ª) En quinto lugar, cabe tener presente que las mejoras voluntarias pueden tener naturaleza individual o colectiva, esto es, pueden establecerse respecto de una sola persona o en relación con un colectivo de trabajadores, definidos éstos siguiendo criterios muy diversos. En el caso de las mejoras establecidas mediante la negociación colectiva, tienen un alcance colectivo.

6ª) Como sexta característica, cabe tener presente que, como hemos visto, las mejoras voluntarias pueden establecerse de forma unilateral por las empresas, en el propio contrato de trabajo o a través de la negociación colectiva.

Si se establecen de forma unilateral por el empresario podemos hallarnos ante una condición más beneficiosa cuya existencia cabrá deducir, tal y como señalan los Tribunales, de la reiteración en el tiempo de actos inequívocos de su otorgamiento a título unilateral y de la regularidad de su disfrute por parte de los trabajadores.

De constituir una condición más beneficiosa, las mejoras voluntarias deberán ser respetadas como un derecho adquirido, y, en consecuencia, no pueden ser modificadas o suprimidas de forma unilateral, rigiéndose por el régimen pactado de una forma expresa o tácita.

Tampoco cabe la modificación unilateral en el caso de haberse previsto las mejoras voluntarias en el propio contrato de trabajo.

Y no hay duda que, tal y como ya hemos señalado, la forma habitual de establecimiento de las mejoras voluntarias es la negociación colectiva, tanto la desarrollada a nivel empresarial como supraempresarial. Relación entre negociación colectiva y mejoras voluntarias que no está exenta –como veremos

en el siguiente capítulo y ya hemos apuntado- de un cierto grado de complejidad.

7ª) Las mejoras voluntarias, con independencia de su estructura interna, quedan al margen de la garantía del Estado, esto es, no forman parte del sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, no existe, respecto de las mismas, responsabilidad subsidiaria del Estado.

Y, 8ª) las mejoras voluntarias pueden establecerse tanto respecto de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social como en relación con algunos Regímenes Especiales de la Seguridad Social, teniendo en cuenta, en cada caso, lo establecido por la normativa aplicable.

II. La regulación vigente en el marco de las mejoras voluntarias.

Junto a la referencia constitucional -ya puesta de manifiesto con anterioridad- recogida en el artículo 41 *in fine* de la Constitución, el régimen jurídico vigente en el marco de las mejoras voluntarias se encuentra esencialmente en lo previsto en los artículos 39 y 191 a 194 de la LGSS.

En el primero de ellos se afirma que la modalidad contributiva de la acción protectora del sistema de Seguridad Social podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social y de los Regímenes Especiales; añadiéndose a ello que *“sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”*. Precepto desarrollado, a los efectos del citado Régimen General, precisamente por los artículos 191 a 194 de la LGSS.

De este modo, en el artículo 191 de la LGSS se 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 tipos de cotización adicionales. 2. La concesión de mejoras voluntarias por las empresas deberá ajustarse a lo establecido en esta sección y en las normas dictadas para su aplicación y desarrollo”;* mientras que el artículo 192 prevé que: *“Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Por excepción, y previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte par 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, sino es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”.

Por su parte, el artículo 193 de la LGSS establece que *“1. 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. 2. Las Fundaciones Laborales legalmente constituidas para el cumplimiento de los fines que les sean propios gozarán del trato fiscal y de las demás exenciones concedidas, en los términos que las normas aplicables establezcan”.* Es muy fácil constatar que, en la práctica, las mejoras voluntarias son gestionadas por las propias empresas, recurriendo al pago directo de las mismas o bien a fórmulas como los contratos de seguro o los planes de pensiones.

Y, en fin, el artículo 194 de la LGSS –inaplicado en la práctica, como veremos más adelante– manifiesta que: *“El Ministerio de Trabajo 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 107, 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”.*

Junto a ello cabe tener muy presente que el único desarrollo reglamentario existente en materia de mejoras voluntarias –claramente obsoleto– se encuentra todavía en la Orden de 28 de diciembre de 1966, por la que se regulan las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social; norma actualmente derogada de forma parcial.

En esta norma se prevé que las mejoras voluntarias pueden consistir en el aumento de la base de cotización²⁷ (modalidad actualmente inaplicable al no

²⁷ Esta modalidad presentaba las siguientes características: 1) podía acordarse en convenio colectivo o concederse por libre decisión de los empresarios, afectando a todos los trabajadores de la empresa; 2) en el caso de estar prevista en convenio, para su efectividad requería el informe favorable de la Dirección General de Previsión, y en el caso de deberse a la concesión empresarial requería la aprobación de la mencionada Dirección General y su puesta en conocimiento de los representantes de los trabajadores y, en su defecto, de los propios trabajadores; 3) la base de cotización mejorada no podía exceder de las retribuciones efectivamente percibidas por cada trabajador, ni del tope máximo de la base de cotización fijado legalmente; 4) la mejora de las bases de cotización podía comprender algunas o varias de las contingencias protegidas por el sistema; 5) las cuotas correspondientes a la mejora prevista en convenio colectivo eran a cargo de la empresa y de los trabajadores, en la misma proporción que sus aportaciones obligatorias, salvo que el convenio estipulase que la empresa asumiría una proporción superior o la totalidad de la cuota. En el supuesto de la mejora establecida por libre decisión de la empresa el incremento de la cuota se atribuía, como regla general a aquélla; y, 6) la recaudación de las cuotas correspondientes a las bases mejoradas se realizaba en unidad de acto y conjuntamente con la de las cuotas normales, pudiendo existir, asimismo, períodos

estar prevista en los artículos 191 a 194 de la LGSS), en la mejora directa de las prestaciones (fórmula presente en el marco de la reciente negociación colectiva) o en el establecimiento de tipos de cotización adicionales (modalidad recogida, como hemos visto, en el artículo 194 de la LGSS, pero que resulta inaplicada en la práctica).

Respecto a las mejoras directas, la Orden Ministerial citada les atribuye las siguientes características (con una terminología que lógicamente cabe adaptar a los tiempos actuales, en la línea prevista por el artículo 193 de la LGSS): a) tienen que ser costeadas por la empresa y a su exclusivo cargo, sin embargo y como excepción y previa aprobación de la Dirección General de Previsión, podría establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, debiendo estos, en todo caso, dar su conformidad; b) a elección de la empresa, las mejoras podrían realizarse directamente o a través del Instituto Nacional de Previsión en su Régimen de Seguros Voluntarios, Mutualidades Laborales, Fundaciones Laborales, Obras Sindicales, Montepíos y Mutualidades de Previsión o Entidades aseguradoras de todas clases; c) una vez causado el derecho a la prestación, ese derecho no podría anularse o reducirse sino es de acuerdo con las normas que regularon su establecimiento; y, d) las empresas que establecieran este tipo de mejora debían ponerlo en conocimiento de la Dirección General de Previsión a los efectos de su homologación.

Y junto a ello, la mejora voluntaria consistente en el establecimiento de tipos de cotización adicionales exige, conforme a la citada Orden, el cumplimiento de unos determinados requisitos así como de un cierto procedimiento, no previéndose límite alguno respecto al incremento del tipo de cotización ni en relación con la consiguiente revalorización de la prestación de Seguridad Social.

Finalmente, la Orden de 28 de diciembre de 1966 también prevé que las prestaciones correspondientes a las mejoras voluntarias tienen los mismos caracteres atribuidos por la Ley a las prestaciones del sistema de Seguridad Social y una vez establecidas, forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Ésta última calificación ha sido, no obstante, suavizada por la doctrina de los Tribunales.

Sin embargo, el régimen jurídico de las mejoras voluntarias no se cierra con los preceptos legales y reglamentarios apuntados anteriormente sino que se nutre también, tal y como vimos al tratar de sus características, de otras normas, de carácter complementario, tanto estatales como comunitarias.

especiales de cotización respecto de determinados colectivos de trabajadores. Al respecto, GALA DURÁN, C., "El régimen jurídico..", op.cit. pp. 70-71.

De este modo, cabe tener presente que en el ámbito de la Unión Europea se han adoptado diversas Directivas que, de una forma directa o indirecta, influyen y resultan aplicables en el marco de las mejoras voluntarias. En este ámbito cabe destacar las normas siguientes:

1º) La Directiva 86/378/CEE, relativa al principio de igualdad de trato en el marco de los regímenes profesionales de Seguridad Social, definiéndose como tales aquellos cuyo objetivo es proporcionar a los trabajadores, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes es obligatoria como voluntaria.

Desde la perspectiva subjetiva, esta Directiva se aplica tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores autónomos, así como a los trabajadores cuya actividad se ve interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o desempleo, a las personas que buscan un empleo, a los trabajadores jubilados e inválidos y a los familiares supervivientes.

Y junto a ello, desde la perspectiva material, la Directiva se aplica en los siguientes supuestos: a) cuando se trate de fórmulas complementarias de protección social que aseguren una protección frente a las contingencias de enfermedad, incapacidad, vejez, accidente de trabajo, enfermedad profesional y desempleo; y, b) a los sistemas complementarios que recojan otras prestaciones sociales, en dinero o en especie, y especialmente prestaciones por muerte y supervivencia y prestaciones familiares. Se excluyen, asimismo, determinados supuestos²⁸.

En definitiva, la aplicación de esta Directiva en el marco de las mejoras voluntarias comporta la necesaria ausencia de cualquier tipo de discriminación por razón de género, ya sea directa o indirecta. Principio de igualdad que, conforme al artículo 5 de la Directiva, debe respetar, de forma especial, lo relativo al ámbito de aplicación y las condiciones de acceso a las mejoras voluntarias; la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; el cálculo de las mejoras, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo;

²⁸ Conforme al artículo 2.2 de la Directiva: 1) los contratos individuales de los trabajadores autónomos; 2) los regímenes de los trabajadores autónomos de un solo miembro; 3) en el caso de trabajadores por cuenta ajena, a los contratos de seguro en los que no participa el empresario; 4) las disposiciones opcionales de los regímenes profesionales que se ofrezcan individualmente a los participantes con el fin de garantizarles: bien sea prestaciones complementarias, bien la elección de la fecha inicial de percepción de las prestaciones normales de los trabajadores autónomos, o la elección entre varias prestaciones; 5) los regímenes profesionales en la medida en que las prestaciones se financien a partir de las contribuciones abonadas por los trabajadores con carácter voluntario. Vid, asimismo, artículo 2.3.

y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

Todo ello supone que, de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva, se consideran contrarias al principio de igualdad de trato las mejoras voluntarias que se fundamenten en el sexo, de forma directa o indirecta, así como en el estado civil o familiar para regular, entre otras, las siguientes cuestiones: su ámbito subjetivo, el carácter obligatorio o facultativo de la participación, el reembolso de las cotizaciones cuando el trabajador abandone el régimen sin haber cumplido los requisitos exigidos, la edad de jubilación, el régimen de adquisición de derechos durante los períodos de maternidad o de licencia por razones familiares, etc. También se prohíbe establecer condiciones diferentes de concesión o mantenimiento de mejoras en función del sexo o reservar éstas sólo a los trabajadores de uno de los sexos.

Finalmente, esta Directiva obliga, en nuestro caso, a adoptar las medidas necesarias para que sean nulas, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las mejoras voluntarias contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos, los acuerdos de empresa o en cualquier otro acuerdo, y para que las mismas no puedan ser objeto de medidas administrativas de aprobación o de extensión. Asimismo, debe garantizarse a sus beneficiarios el acceso a la vía jurisdiccional social así como preverse una garantía de indemnidad en caso de acudir a los Tribunales.

2º) 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 objetivo proteger los derechos en materia de incapacidad, jubilación y muerte y supervivencia de los afiliados a regímenes complementarios de pensiones²⁹ que se desplacen de un Estado miembro a otro.

Se pretende proteger, pues, a los partícipes de regímenes complementarios de pensiones y a otros posibles beneficiarios de estos

²⁹ Definidos como todo régimen profesional de pensión establecido de conformidad con la legislación y la práctica nacional, como los contratos de seguro de grupo o los regímenes por reparto acordados por uno o más sectores o ramas, los regímenes por capitalización o los compromisos de pensión garantizados por provisiones en el balance de las empresas o cualquier dispositivo de carácter colectivo o dispositivo comparable destinados a abonar una pensión complementaria a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Asimismo, el concepto “pensión complementaria” se define como las pensiones por jubilación y, cuando así lo establezcan las normas de un régimen complementario de pensión establecido con arreglo a la legislación y a la práctica nacionales, las prestaciones por invalidez y de supervivencia destinadas a completar o sustituir las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social para los mismos riesgos.

regímenes –especialmente familiares supervivientes- que hayan adquirido o estén en vías de adquirir derechos complementarios en uno o más Estados miembros de la Unión Europea.

En el marco de esta Directiva se adoptan diversas medidas, aplicables en el ámbito de las mejoras voluntarias, especialmente aquéllas que se gestionan a través de los planes y fondos de pensiones o contratos de seguro; esas medidas son las siguientes:

- Debe garantizarse el mantenimiento íntegro de los derechos adquiridos tanto a los afiliados como, en su caso, a sus familiares y supervivientes para los que ya no se abonen cotizaciones a un régimen complementario como consecuencia de su desplazamiento de un Estado miembro a otro, a un nivel comparable al nivel del que se benefician los afiliados que dejan de cotizar al régimen pero permanecen en el Estado miembro de que se trate.
- Debe garantizarse que los regímenes complementarios paguen en otros Estados miembros, a los afiliados a estos regímenes o a sus familiares y supervivientes, la totalidad de las prestaciones que les sean debidas, deducidos los posibles impuestos y gastos por transacciones.
- Deben adoptarse las medidas necesarias para que, en su caso, las aportaciones a un régimen complementario establecido en un Estado miembro puedan seguir siendo abonadas por un trabajador desplazado que esté afiliado a un régimen de este tipo, o en su nombre, durante todo el tiempo en que esté destinado en otro Estado miembro, y junto a ello, cuando se continúen pagando cotizaciones, el trabajador y en su caso el empresario quedarán exentos de cualquier obligación de cotización a un régimen complementario de pensiones en otro Estado miembro.
- Deben adoptarse medidas para que los empresarios o los administradores de los regímenes complementarios de pensión u otras personas encargadas de su gestión informen adecuadamente a sus afiliados sobre sus derechos a pensión y las posibilidades que se les ofrecen cuando se desplacen a otro Estado miembro; dicha información será equiparable, como mínimo, a la información facilitada a los afiliados que hayan dejado de cotizar pero permanezcan en el mismo Estado miembro.
- Y, finalmente, deberán incorporarse en el ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación de la Directiva pueda

hacer valer sus derechos por vía judicial tras un eventual recurso a otras autoridades competentes.

Tal y como apuntábamos anteriormente, el contenido de esta Directiva adquiere especial importancia cuando la correspondiente mejora voluntaria se ha articulado a través de un plan de pensiones o de un contrato de seguro, al tratarse de fórmulas que exigen aportaciones periódicas.

3º) También cabe citar la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o de centros de actividad.

En este caso, el artículo 3 de la Directiva señala que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso; regla que no será de aplicación – salvo que los Estados miembros establezcan lo contrario- a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales.

Asimismo, se prevé que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado el centro de trabajo del cedente en el momento del traspaso, en lo relacionado con sus derechos adquiridos o en curso de adquisición en materia de jubilación, comprendidas las prestaciones por muerte y supervivencia, en el marco de los sistemas complementarios de protección social.

A nuestros efectos, la importancia de esta Directiva se manifiesta especialmente en los supuestos en que una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma posee un régimen de mejoras voluntarias recogido en convenio colectivo y es objeto de una transmisión: ¿se mantiene dicho régimen de mejoras voluntarias? (sobre esta cuestión trataremos en el siguiente capítulo).

Y, 4º) finalmente, cabe tener presente la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

En su artículo 6 se establece que los Estados podrán excluir de los instrumentos de garantía frente a la insolvencia empresarial las cotizaciones debidas por el empresario a los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social.

Y en su artículo 8 se prevé que los Estados deben adoptar 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 cuanto a sus derechos adquiridos o a sus derechos en curso de adquisición a prestaciones de jubilación, incluidas las prestaciones a favor de los familiares supervivientes.

Como desarrollo de ese último precepto cabe situar la -polémica-disposición adicional primera de la Ley 8/1987, de Planes y Fondos de Pensiones, que impuso la externalización de los compromisos por pensiones³⁰ - incluidos los recogidos en convenio colectivo- en materia de jubilación, incapacidad y muerte y supervivencia, debiéndose recurrir necesariamente para ello a la figura del plan de pensiones y/o del contrato de seguro.

Por otra parte, en el ámbito interno las normas complementarias en materia de mejoras voluntarias no sólo son numerosas sino que tienen distinto origen y ubicación (así cabe citar, tal y como señalábamos páginas atrás, normas fiscales, mercantiles, laborales, de Seguridad Social, normas civiles, normas procesales...). Entre otras -y como se irá poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo- cabe citar las siguientes:

- El TRLET: cuyos artículos 82 y siguientes regulan el ejercicio del derecho de negociación colectiva, vía básica -tal y como hemos venido afirmando- de establecimiento de las mejoras voluntarias, tanto en el pasado como en la actualidad.
- El TRLPL: cuyo artículo 2.c) atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de los litigios surgidos en la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo.
- El TRLISOS, donde se sanciona el incumplimiento por parte del empresario del pago de las correspondientes mejoras voluntarias.
- La compleja normativa sobre planes y fondos de pensiones.
- La normativa que regula los contratos de seguro.

³⁰ Sobre esta cuestión, entre otros, GARCÍA BECEDAS, G., "La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Análisis de la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995)", Relaciones Laborales nº 3, 1997.

- La normativa que, entre otros, regula el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto de Sociedades.

Para finalizar este apartado sólo reiterar la conclusión ya apuntada páginas atrás: resulta necesario y urgente actualizar y dotar de una visión de conjunto e integrada a la normativa destinada a regular las mejoras voluntarias.

III. Los tipos de mejoras voluntarias.

En este ámbito cabe partir del hecho que, tal y como hemos visto, la Orden de 28 de diciembre de 1966 -y también normas como la Ley General de la Seguridad Social de 1974- preveían y regulaban tres tipos de mejoras voluntarias: 1º) las mejoras de la base de cotización; 2º) las denominadas mejoras directas de prestaciones; y, 3º) las mejoras consistentes en el establecimiento de tipos de cotización adicionales. Y tal y como ya hemos afirmado, en estos momentos sólo es posible establecer los dos últimos tipos, al no prever la LGSS la mejora de las bases de cotización.

En primer lugar, respecto a las mejoras consistentes en el establecimiento de tipos de cotización adicionales, el artículo 194 de la LGSS afirma que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a instancia de los interesados, podrá aprobar cotizaciones adicionales efectuadas mediante el aumento del tipo de cotización previsto en el artículo 107³¹ de la LGSS, con la finalidad de revalorizar las pensiones u otras prestaciones periódicas ya causadas y financiadas o para mejorar las futuras.

Tipo de mejora respecto del que se ha señalado que *“al tener que ser aprobada por el Ministerio de Trabajo.. acaba siendo Seguridad Social pública, pues si bien en el momento de la cotización únicamente quedan afectas a su pago las partes sociales, en el momento del pago de la prestación el Estado, a través de la Seguridad Social pública queda obligado a su pago en los términos y con las limitaciones legalmente previstas...”*³².

³¹ Donde se prevé: “1. El tipo de cotización tendrá carácter único para todo el ámbito de protección de este Régimen General. Su establecimiento y su distribución, para determinar las aportaciones respectivas del empresario y trabajador obligados a cotizar, se efectuarán en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. 2. El tipo de cotización se reducirá en el porcentaje o porcentajes correspondientes a aquellas situaciones y contingencias que no queden comprendidas en la acción protectora que se determine de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 114 de esta Ley, para quienes sean asimilados a trabajadores por cuenta ajena, así como para otros supuestos establecidos legal o reglamentariamente”.

³² ALONSO SAURA, J.L., “Las mejoras voluntarias..”, op.cit. pp. 86-87.

Tal y como ya hemos afirmado, este tipo de mejora ha resultado inaplicable en la práctica, como consecuencia de los rigurosos requisitos exigidos, tanto a nivel legal como reglamentario, para ponerla en marcha.

Y en segundo lugar, conforme al artículo 192 de la LGSS, las mejoras directas de prestaciones se costearán por las propias empresas, aun cuando, como excepción y previa autorización del Ministerio de Trabajo, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores siempre que se les faculte para acogerse o no a las mejoras concedidas. Añadiéndose a ello que *“no obstante el carácter voluntario para los empresarios... 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”*.

Asimismo, en el artículo 193 de la LGSS se afirma que las empresas podrán realizar la mejora de las prestaciones 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”*.

En este ámbito –que es el que interesa en el marco de la investigación realizada–, cabe hacer varias consideraciones:

1ª) No se hace referencia al alcance subjetivo o material de las mejoras voluntarias directas, lo que implica, que, como vimos, podrán afectar a los mismos sujetos y contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social, limitándose –tal y como prevé el artículo 39 de la LGSS– a la modalidad contributiva del mismo.

En este sentido, el artículo 23.2.F) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, prevé que: *“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, a que se refieren los artículos 192 y 193 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 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. Únicamente podrán tener la consideración de mejoras de las prestaciones económicas de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia otorgadas por dicho Régimen General de la Seguridad Social las aportaciones efectuadas por los empresarios a planes de pensiones y a la financiación de las primas de contratos de seguro, destinadas a satisfacer los compromisos por pensiones derivados de las citadas contingencias y asumidos con el personal de la empresa..”*.

Como veremos en los capítulos siguientes, en la práctica, la negociación colectiva incorpora mejoras voluntarias relacionadas con casi todas las contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social: incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, prestaciones por muerte y supervivencia y prestaciones familiares; identificándose, por otra parte, tanto mejoras complementarias como autónomas.

2ª) A pesar de la referencia legal a la exigencia de una *“previa autorización del Ministerio de Trabajo”* cuando se prevea una aportación económica a cargo de los trabajadores, la misma no resultará aplicable al contradecir el alcance *erga omnes* de la negociación colectiva, conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Constitución.

Son escasos, no obstante, los casos en que en la reciente negociación colectiva se prevé una aportación económica a cargo del trabajador, con la excepción de los planes de pensiones y algunos contratos de seguro.

3ª) En la práctica el que se prevea legalmente la necesaria adhesión voluntaria por parte de los trabajadores en el supuesto en que la mejora exija su aportación económica no afecta al carácter *erga omnes* de los convenios colectivos, si bien sí es necesaria la adhesión expresa del trabajador a la correspondiente póliza de seguros o al plan de pensiones.

4ª) Plantea especiales problemas la referencia, recogida en el artículo 192, a que cuando el 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”*. Y ello por cuanto esa referencia legal plantea, entre otras, la compleja -y muy importante- cuestión de cómo modificar o suprimir una mejora voluntaria prevista en convenio colectivo. Sobre esta cuestión volveremos más adelante (capítulo II), al tratar de la compleja relación existente entre las mejoras voluntarias y la negociación colectiva.

Y, 5ª) a pesar de los términos empleados -un tanto obsoletos- por el artículo 193 de la LGSS, en la práctica las mejoras directas no son gestionadas por la Administración de la Seguridad Social ni por Fundaciones Laborales, sino esencialmente por las propias empresas, entidades aseguradoras o financieras y, en algún caso bastante puntual (ligado a sectores concretos de actividad), por Montepíos y Mutualidades de Previsión Social.

Ello supone que, en la inmensa mayoría de los casos, es la empresa la que gestiona la mejora voluntaria y puede hacerlo directamente o bien recurriendo a figuras como los contratos de seguros o los planes de pensiones (ofertados y gestionados, a su vez, por entidades aseguradoras o financieras). En este punto cabe tener muy presente un dato esencial: tal y como vimos páginas atrás, la

disposición adicional 1ª de la Ley 8/1987, de Planes y Fondos de Pensiones impuso –con el objetivo de garantizar los derechos de los trabajadores ante los posibles casos de insolvencia empresarial, en línea con lo establecido, a su vez, por la Directiva 80/987/CEE- la externalización de ciertos tipos de mejoras voluntarias, lo que implica que las mismas no podían ya gestionarse directamente y a cargo de las empresas sino que éstas estaban obligadas a externalizar su gestión, canalizándola a través de un contrato de seguro, un plan de pensiones o de ambos mecanismos a la vez.

Y una vez instrumentado dicho plan de pensiones y/o contrato de seguro, la obligación y responsabilidad de las empresas respecto de dichas mejoras se circunscriben, exclusivamente, a las asumidas en dichos contratos de seguro y/o plan de pensiones³³.

Por tanto, en estos momentos las mejoras voluntarias que las empresas pueden gestionar y pagar directamente –a cargo de sus propios fondos- a sus trabajadores son aquéllas vinculadas 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 familiares (por hijos y por hijos discapacitados).

En cambio, cuando se trata de mejoras voluntarias relacionadas con las prestaciones de invalidez (incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez), jubilación y muerte y supervivencia (viudedad, orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas)³⁴, las empresas no pueden gestionarlas directamente sino que necesariamente han de canalizarlas, conforme a la citada disposición adicional 1ª de la Ley 8/1987, a través de un contrato de seguro o de un plan de pensiones (como veremos en un capítulo posterior, con un tratamiento fiscal diferente) o mediante ambos mecanismos a la vez, procediendo a la obligada externalización de los compromisos de mejoras voluntarias, incluidos aquellos establecidos a través de la negociación colectiva.

En esta línea, en el artículo 23.2.F) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social se prevé que: *“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*

³³ Al respecto, GARCÍA BECEDAS, G., “La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Análisis de la disposición transitoria decimocuarta de la Ley 30/1995)”, Relaciones Laborales, nº 3, 1997, pp. 11 y ss.

³⁴ Cualquiera que sea su contenido (capital, renta o prestaciones mixtas) y se incluye cualquier tipo de prestación que se destine a la cobertura de las citadas contingencias, cualquiera que sea su denominación

previsión social complementaria de sus trabajadores, a que se refieren los artículos 192 y 193 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 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. Únicamente podrán tener la consideración de mejoras de las prestaciones económicas de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia otorgadas por dicho Régimen General de la Seguridad Social las aportaciones efectuadas por los empresarios a planes de pensiones y a la financiación de las primas de contratos de seguro, destinadas a satisfacer los compromisos por pensiones derivados de las citadas contingencias y asumidos con el personal de la empresa..”.

En definitiva, tal y como señala la normativa vigente, de tratarse de mejoras voluntarias vinculadas con la incapacidad permanente, la jubilación o las prestaciones por muerte y supervivencia, en ningún caso resultará admisible la cobertura de las mismas 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.

Cabe tener presente, no obstante y como excepción, que algunas empresas –aquéllas vinculadas con el sector bancario y financiero (entidades de crédito, entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores)- están excluidas de la citada externalización³⁵, opción legal que ha dado lugar a importantes litigios en los últimos años.

Como veremos en un capítulo posterior, esta obligación de externalización ha planteado especiales problemas en el caso de los denominados “*premios de jubilación*”.

Finalmente, cabe tener presente que el incumplimiento por una empresa de la obligación de externalización constituye una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 8.15 del TRLISOS, donde se establece que constituye una 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*”.

IV. La naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias.

Finalmente, desde esta perspectiva introductoria y teniendo en cuenta la constante presencia de las mejoras voluntarias en el marco de la reciente negociación colectiva, cabe preguntarse qué naturaleza jurídica cabe atribuirles.

³⁵ Un ejemplo de ello es el XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007).

Cuestión no sólo importante de por sí sino que, sorprendentemente, tiene una solución diferente según el ámbito -laboral o fiscal³⁶- en el que se trate.

En el marco laboral, la labor de clarificar cuál es la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias no ha resultado ni resulta pacífica, por cuanto, por un lado, existen firmes defensores de considerarlas como elementos integrantes de la acción protectora del sistema de Seguridad Social³⁷ -en la línea prevista por la Orden de 28 de diciembre de 1966-, por cuanto si bien no poseen las características propias del sistema de Seguridad Social sí formarían parte del mismo, manifestándose al respecto que aunque el Estado no las garantice y sean libremente acordadas, ello no impide que una vez establecidas formen parte del ámbito de la acción protectora de dicho sistema.

Por el contrario, otros autores consideran que las mejoras voluntarias no son Seguridad Social, por provenir de la iniciativa privada o por el hecho de no cumplir ninguna de las características propias de aquélla. Posición doctrinal que se fundamenta en argumentos como los siguientes³⁸:

a) Mientras que el sistema de Seguridad Social es un sistema obligatorio impuesto por la Ley, en las mejoras voluntarias el acto de creación es voluntario, aunque, como vimos páginas atrás, una vez establecidas devienen obligatorias para el empresario, no pudiendo ser anuladas o reducidas si no es de acuerdo con la norma que regula su reconocimiento.

b) La previsión voluntaria se basa en un acuerdo de voluntades, ya sea individual o colectivo (y que afecta tanto al establecimiento como a la gestión y financiación de las fórmulas complementarias de protección social), en cambio el sistema de Seguridad Social es preceptivo y obligatorio para todos los ciudadanos y se regula básicamente por Ley y su gestión y financiación son públicos; y,

c) Mientras que el sistema de Seguridad Social es gestionado por el Estado y las Comunidades Autónomas y se fundamenta en el principio de solidaridad, las mejoras voluntarias, como hemos visto, son objeto de gestión privada, bien directamente por el empresario o a través de entidades mercantiles, regidas por las técnicas de funcionamiento del contrato de seguro privado.

³⁶ Este último plano se tratará en un capítulo posterior de este trabajo.

³⁷ ALMANSA PASTOR, quien parte de un concepto amplio de Seguridad Social complementaria, cuya finalidad principal consiste en la protección de necesidades sociales mediante la dispensación de rentas adicionales o suplementarias respecto de contingencias que pueden o no coincidir con las protegidas por el sistema público de Seguridad Social, en "Curso de Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 157 y ss. También, ALONSO SAURA, J.L., "Las mejoras voluntarias..", op.cit. p. 86.

³⁸ Al respecto, GALA DURÁN, C., "El régimen jurídico..", op.cit. pp. 43 y ss.

Partiendo de ese debate doctrinal, cabe señalar que, a pesar de que esta opción podría fundamentarse en lo previsto en la Orden de 28 de diciembre de 1966 –donde se afirma, de forma expresa, que las mejoras voluntarias “*tendrán la consideración de prestaciones de Seguridad Social*..”- y en lo señalado en algunas sentencias de nuestros Tribunales³⁹, a nuestro entender, las mejoras voluntarias no son prestaciones de Seguridad Social, aunque algunas normas de Seguridad Social –de forma directa o subsidiaria- les resultan aplicables.

Y no constituyen prestaciones de Seguridad Social por los motivos siguientes⁴⁰:

1) Por el carácter obsoleto de la Orden de 28 de diciembre de 1966; Orden que, además, limita la calificación de “*prestaciones de Seguridad Social*” a las mejoras voluntarias de bases de cotización o de tipos de cotización, sin incluir las mejoras directas de prestaciones; tipo de mejoras que, como ya hemos señalado, es el único vigente en la actualidad y, en consecuencia, el presente en la reciente negociación colectiva.

2) En caso de incumplimiento empresarial en materia de mejoras voluntarias (por ejemplo, el empresario no establece la mejora prevista en el convenio colectivo o lo hace de forma insuficiente) no nos encontraríamos ante una infracción en “*materia de Seguridad Social*” conforme al TRLISOS, sino que dicho incumplimiento debería sancionarse por la vía de lo dispuesto en los artículos 7.10⁴¹ y 8.15⁴² del citado TRLISOS, situados en el ámbito de las infracciones “*en materia de relaciones laborales individuales y colectivas*”.

3) Tanto el Pacto de Toledo de 1995⁴³ como textos posteriores –Acuerdo de Pensiones de 2001 o la propia Renovación del Pacto de Toledo de octubre de

³⁹ Entre otras, STSJ de Navarra de 25 de junio de 1996 (AS 2439), donde se señala que: “.. hay que tener en cuenta que las llamadas mejoras voluntarias o complementarias de las prestaciones de la Seguridad Social, aun cuando en virtud de Convenio Colectivo o pacto individual o plural corresponda su pago no a los Entes Gestores de la Seguridad Social sino a la empresa respectiva, no por ello pierden su carácter o naturaleza de prestaciones derivadas de las contingencias protegidas por la Seguridad Social –enfermedad, invalidez, muerte..-”.

⁴⁰ Al respecto, GALA DURÁN, C., “El régimen jurídico..”, op.cit. pp. 43 y ss.

⁴¹ “Son infracciones graves: ... “Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente”.

⁴² Son infracciones muy graves: 15. 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”.

⁴³ Así, su Recomendación XIV prevé que: “El sistema público de la Seguridad Social puede complementarse voluntariamente por sistemas de ahorro y protección social, tanto individuales como colectivos, externos a la Seguridad Social, que tengan por objetivo exclusivo mejorar el nivel de prestaciones que les otorga la Seguridad Social pública. Por ello se recomienda abordar

2003⁴⁴- sitúan, de forma expresa y clara, a la protección social complementaria como un elemento externo del sistema de Seguridad Social. No se considera, pues, como una parte del sistema público de Seguridad Social sino como un elemento complementario del mismo.

4) Los artículos 26.2⁴⁵ del Estatuto de los Trabajadores, 109.2.f) de la LGSS y 23.2.f) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, distinguen claramente entre prestaciones de Seguridad Social e indemnizaciones (artículo 26.2), y entre prestaciones de la Seguridad Social así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas (artículo 109.2.f)⁴⁶ y 23.2.f)⁴⁷.

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”.

⁴⁴ Recomendación 14: “... la Comisión insta a seguir ahondando en las políticas que permitan avanzar hacia un sistema complementario de asistencia y prestaciones, externo a la Seguridad Social, con carácter claramente voluntario y financiado totalmente con aportaciones privadas independientes y no sustitutivas de las contribuciones obligatorias al sistema público de la Seguridad Social. Se trata de que la protección social voluntaria, además de orientarse específicamente a un horizonte de ahorro a medio y largo plazo, sirva de complemento y mejora a las prestaciones de la Seguridad Social, salvaguardándose siempre el principio y las bases del sistema público de pensiones, y reafirmando que dichos sistemas complementarios tiene como objetivo el complementar y no el sustituir las pensiones públicas. A tal fin la Comisión recomienda dotar de estabilidad y garantizar la neutralidad del actual sistema de previsión social complementaria, regular un seguro de dependencia complementario de carácter privado y potenciar los sistemas complementarios de la Seguridad Social en el marco de la negociación colectiva..”.

⁴⁵ “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 de indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”.

⁴⁶ “No se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: ... f) Las prestaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, estas dos últimas en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

⁴⁷ “No se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: ... F) Las prestaciones de la Seguridad Social, en todo caso, así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, estas dos últimas en los términos siguientes: a) 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, a que se refieren los artículos 192 y 193 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 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. Únicamente podrán tener la consideración de mejoras de las prestaciones económicas de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia otorgadas por dicho Régimen General de la Seguridad Social las aportaciones efectuadas por los

5) En la misma línea anterior y a la hora de fijar la competencia del orden jurisdiccional social, el TRLPL se refiere separadamente a los litigios en materia de Seguridad Social (artículo 2.b) y en materia de aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo (artículo 2.c).

6) Tal y como vimos al inicio de este trabajo, las mejoras voluntarias tienen su fundamento constitucional en el artículo 41 *in fine* de la Constitución, cuando el mismo señala que las “*prestaciones complementarias serán libres*”, por lo que las mismas quedan excluidas del régimen público de Seguridad Social previsto en el mismo precepto; señalándose al respecto en la STC 208/1988, de 10 de noviembre, que “... el artículo 41 de la Constitución deriva de una necesaria separación entre el régimen público de la Seguridad Social y las prestaciones complementarias <libres> basadas en una lógica contractual privada, y en consecuencia financiables en principio con fondos privados y a cargo de los asegurados..”.

7) Tal y como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, el término “*Seguridad Social*” no puede predicarse de instituciones cuyo origen se encuentra en la autonomía de la voluntad, así en la STC 206/1997, de 27 de noviembre, se afirma que: “... conviene recordar que, sobre todo en el plano internacional, resulta claro que la noción <Seguridad Social> no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad. La evolución del propio sistema español de Seguridad Social, los parámetros del Derecho comparado y, muy especialmente, los compromisos asumidos por España en la materia.... Muestran cómo resulta un factor estructural, integrante mismo de la institución Seguridad Social, el diseño legal imperativo de la acción protectora garantizada, de tal suerte que queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos. Cuando la voluntad privada resulta determinante sobre los factores aludidos, sin salir del ámbito genérico de la <protección social>, sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social...”.

Y, 8) finalmente, no cabe olvidar que mientras que el sistema de Seguridad Social es un sistema obligatorio impuesto por la Ley, las mejoras voluntarias son de por sí “*voluntarias*”, aunque una vez establecidas devienen obligatorias para el empresario y que, mientras que el sistema de Seguridad Social es gestionado por los poderes públicos, las mejoras voluntarias son objeto, como hemos visto, de gestión privada.

empresarios a planes de pensiones y a la financiación de las primas de contratos de seguro, destinadas a satisfacer los compromisos por pensiones derivados de las citadas contingencias y asumidos con el personal de la empresa..”.

Sin embargo, a nuestro entender, aunque las mejoras voluntarias no son prestaciones de Seguridad Social ni forman parte del sistema de Seguridad Social por las razones antes apuntadas, sí les son de aplicación algunas de las características o normas que rigen las citadas prestaciones. Esa situación se produce, en opinión de los Tribunales, en materias como las siguientes: a) se aplican las características generales de las prestaciones previstas en la LGSS; b) la regulación en materia de prescripción⁴⁸; c) las normas sobre interpretación del hecho causante⁴⁹; y, d) en el marco de los sujetos beneficiarios⁵⁰.

Por el contrario y cabe tenerlo muy presente, a las mejoras voluntarias no se les aplican las normas de Seguridad Social que regulan cuestiones tan importantes como la revalorización de las cuantías, el recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional o el principio de responsabilidad subsidiaria de las entidades gestoras, las reglas sobre carencia exigible, base reguladora e importe de la prestación, la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones⁵¹, la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones, etc.

Por otro lado, también se ha defendido –incluso a nivel constitucional de forma indirecta en la STC 206/1997– que las mejoras voluntarias tienen naturaleza salarial⁵², fundamentándose para ello, esencialmente, en su carácter voluntario y privado. Sin embargo, esta tesis, como la anterior, plantea algunos interrogantes:

a) En primer lugar, su compatibilidad con el hecho que el artículo 26.2 del TRLET considere a las mejoras voluntarias como percepciones extrasalariales. En el mismo sentido, los artículos 109.2 de la LGSS y 23.2.F) del Real Decreto 2064/1995, excluyen las mejoras voluntarias de la correspondiente base de cotización.

b) Las mejoras voluntarias precisamente actúan en los supuestos en que el contrato de trabajo está en suspenso o ya se ha extinguido y, por tanto, cuando no existe remuneración.

c) Las mejoras voluntarias tienen como fundamento la reparación de un daño o la protección de ciertas necesidades sociales y ello, por cuanto las mejoras voluntarias, aun cuando traen su causa del contrato de trabajo, no retribuyen una prestación de servicios, no tienen en cuenta circunstancias

⁴⁸ Entre otras, STSJ del País Vasco de 28 de octubre de 1997 (AS 3527).

⁴⁹ STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de julio de 1996 (AS 2711).

⁵⁰ STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 1995 (AS 1939).

⁵¹ Entre otras, STS de 20 de marzo de 1997 (RJ 2591).

⁵² MARTÍN VALVERDE, A., “Las mejoras..”, op.cit. p. 27; y MONEREO PÉREZ, J.L., “El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria”, Relaciones Laborales, nº 14, 1991, pp. 24 y ss. Vid, GALA DURÁN, C., “El régimen jurídico..”, op.cit. p. 51 y ss.

relativas a las condiciones personales del trabajador ni atienden al trabajo realizado o a la situación o resultados de la empresa.

d) Las mejoras voluntarias pueden ser abonadas por instituciones privadas y no por el empresario.

Y, e) su finalidad, normalmente, es sustituir las percepciones salariales.

En definitiva, las mejoras voluntarias son, tal y como ya hemos señalado, prestaciones de acción asistencial empresarial, de carácter voluntario, vinculadas en su origen a la propia relación laboral, cuya finalidad es complementar la acción protectora otorgada por el sistema de Seguridad Social y cuya conformación, respetando el marco legal, queda en manos de la autonomía de la voluntad, individual o colectiva⁵³. Ello implica que no quedan sujetas a la normativa de Seguridad Social, salvo en determinados supuestos, así como cuando quién las instaura no defina del todo su contenido.

Para finalizar este apartado e incidiendo más en profundidad en una cuestión ya apuntada, cabe tener muy presente que –tal y como se recoge en este trabajo– los planes de pensiones deben considerarse como una modalidad de gestión de las mejoras voluntarias y, en consecuencia, como mejoras voluntarias cuando se articulan a través de la negociación colectiva (planes de pensiones del sistema de empleo). Afirmación que se fundamenta en las conclusiones alcanzadas por el propio Tribunal Constitucional en las sentencias 206/1997, de 27 de noviembre, y 66/1998, de 18 de marzo, donde se señalaba que⁵⁴:

- a) Los planes y fondos de pensiones pueden servir de vía para instaurar mejoras voluntarias. Ahora bien ello no implica que los planes de pensiones se equiparen a las prestaciones de Seguridad Social, por cuanto esa imbricación de regímenes puede predicarse de la mejora misma, pero no de los instrumentos técnicos para hacerla posible, que son independientes de aquélla, intercambiables en hipótesis por otros y susceptibles de servir a finalidades muy distintas.
- b) Teniendo en cuenta lo anterior, no puede utilizarse su virtualidad como instrumento de mejoras voluntarias de prestaciones para alterar su régimen jurídico, contemplado como autosuficiente y autónomo respecto de aquéllas⁵⁵.

⁵³ GALA DURÁN, C., “El régimen jurídico..”, op.cit. p. 56.

⁵⁴ GALA DURÁN, C., “El régimen jurídico..”, op.cit. p. 60 y ss.

⁵⁵ Así, se afirmaba que: “... la anterior conclusión no queda obstaculizada por el hecho de que la institución que se contempla pueda servir de cauce para mejoras voluntarias de la acción

- c) Existe un sustancial alejamiento entre los rasgos conceptuales de la Seguridad Social y los que configuran a los planes de pensiones, y para mantener esta conclusión nada obsta que exista una interacción necesaria o potencial entre los sistemas de planes de pensiones y las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Esa interacción es un dato externo y de producirse, podrá afectar al compromiso que a los poderes públicos impone el artículo 41 de la Constitución Española pero no entronca de forma necesaria los planes de pensiones con el núcleo heterónomo e imperativo que conforma el sistema de Seguridad Social⁵⁶.
- d) Los planes de pensiones son un fenómeno al que la Ley da una respuesta unitaria, con un régimen jurídico uniforme.

protectora del sistema de Seguridad Social. Aceptando parcialmente los argumentos del recurso del Parlamento Vasco, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social constituyen –una vez instituidas- proyecciones de aquélla, de ahí la, no del todo apropiada pero expresiva equiparación de su régimen con el de las prestaciones de Seguridad Social contenida en la norma que las regula (OM 28 diciembre 1966) y sostenida por una pacífica jurisprudencia. Ahora bien, esta imbricación de regímenes puede predicarse de la mejora misma, no de los instrumentos técnicos para hacerla posible, que son independientes de aquélla, intercambiables en hipótesis por otros y susceptibles –como sucede en este caso- de servir a finalidades muy diferentes. Por todo ello, no puede utilizarse su virtualidad como instrumentos de mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social, para alterar un régimen jurídico contemplado como autosuficiente y autónomo respecto de aquéllas..”.

⁵⁶ Se señalaba que: “... conviene recordar que, sobre todo en el plano internacional, resulta claro que la noción <Seguridad Social> no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad. La evolución del propio sistema español de Seguridad Social, los parámetros de Derecho comparado y, muy especialmente, los compromisos asumidos por España en la materia... muestran cómo resulta un factor estructural, integrante mismo de la institución Seguridad Social, el diseño legal imperativo de la acción protectora garantizada, de tal suerte que queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos. Cuando la voluntad privada resulta determinante sobre los factores aludidos, sin salir del ámbito genérico de la <protección social>, sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social. No otras son las consecuencias que se deducen del fundamental art. 1 del Reglamento CEE 1248/92, del Consejo, y del Convenio 102 OIT.. existe un sustancial alejamiento entre los rasgos conceptuales de la Seguridad Social y los que acompañan a los Planes de Pensiones regulados en la Ley 8/1987. En efecto, la propia norma describe unas modalidades de prestaciones que se encuentran profundamente condicionadas por la voluntad de sus eventuales beneficiarios o de terceros. La voluntad privada determina –sin agotar el elenco- la existencia misma de un Plan de Pensiones (art. 1.2), el cálculo de sujetos que se beneficiarán, en su caso, de las prestaciones en ellos establecidas (art. 3.2 y art. 4) y la propia extensión e intensidad de la tutela dispensada (art. 4.2 en conexión con el art. 6). El alejamiento de la noción <Seguridad Social> es, pues, patente, siendo razonablemente descriptiva de él la propia referencia legal a la relativa autonomía de las prestaciones que puedan percibirse en aplicación de estos Planes respecto de las que pueda dispensar la Seguridad Social (art. 1.2)...”.

- e) Los planes de pensiones son un instrumento de aseguramiento que, en la modalidad de sistema de empleo, garantiza un salario diferido y, por lo tanto, son una forma de ahorro. Sin embargo, ello no impide afirmar que no se trata de un contrato de seguro típico por la falta de uno de los elementos personales definitorios de esta clase de contratos, como es el asegurador, pero en la medida en que con los planes de pensiones se persigue garantizar una prestación cuando se produzcan determinadas contingencias, responden a la idea básica de todo contrato de seguro porque garantizan un desplazamiento patrimonial a favor del beneficiario cuando acontezca el suceso contingente. Está en ellos presente la idea de riesgo, en el sentido técnico-jurídico de esta expresión, porque se trata de asegurar aquel desplazamiento cuando ocurra el hecho previsto como contingencia, determinante del nacimiento de una necesidad patrimonial (incapacidad, jubilación, muerte y supervivencia..)⁵⁷.

En definitiva, y conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, a nuestro entender, los planes de pensiones constituyen una forma de encauzar las mejoras voluntarias vinculadas con la incapacidad permanente, la jubilación y la muerte y supervivencia –en concreto el plan de pensiones del sistema de empleo- y, por tanto, son incardinables, tal y como hemos visto, en el artículo 193 de la LGSS. Así mismo, si bien no todos los planes de pensiones son mejoras voluntarias (nos referimos a los planes de pensiones de tipo individual), aquellos que se establecen como tales se regirán por su propia normativa y por las normas que regulan las mejoras voluntarias.

⁵⁷ Se señalaba que: "... si se profundiza aún más en la razón de ser de la institución y en los objetivos a los que tendencialmente se encamina se observa que su área material propia no coincide con la previsión social. El mismo legislador califica a los Planes de Pensiones en la Exposición de Motivos de la Ley 8/1987 de <modalidad de ahorro> de origen contractual mediante el establecimiento de <instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado pueden o no ser complemento del preceptivo sistema de la Seguridad Social obligatoria>. Esta calificación no es una licencia lingüística del legislador sino que, por el contrario, se ajusta con exactitud a la configuración que de los Planes de Pensiones hace después en el articulado de la Ley como instrumento de ahorro...".

CAPÍTULO II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MEJORAS VOLUNTARIAS.

I. Negociación colectiva y mejoras voluntarias: Planteamiento general.

Como se ha destacado en el Capítulo precedente, las mejoras voluntarias pueden derivar de decisión unilateral del empresario, acuerdo individual o instrumento colectivo, siendo esta última posibilidad la más habitual en la práctica, como demuestran diversos estudios elaborados al respecto y se pondrá también de manifiesto en los Capítulos que siguen⁵⁸. A pesar de esta realidad innegable, en algunas ocasiones se ha cuestionado la utilización de la negociación colectiva para el establecimiento y la regulación, argumentando que no es una vía idónea y que genera demasiados problemas.

La vía de implementación no es una opción neutral desde diferentes aspectos: el papel de los diferentes protagonistas de las RRLL, desde la perspectiva de su eventual neutralización o modificación o de la determinación de su régimen jurídico. Pudiéndose destacar en relación a este último aspecto, conforme a la STS (UD) de 5 mayo 2003 (RJ 2003\5205), que *“es claro que las fuentes fundamentales reguladoras de todas las mejoras, además de estos preceptos y las disposiciones reglamentarias que los desarrollan, son los pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario; y así es palmario que las condiciones, requisitos y elementos que configuran a cada mejora son los que se expresan y determinan en el convenio o acto que lo crea o constituye. Por consiguiente, para saber cuáles son la estructura y caracteres de una mejora prestacional concreta es preciso acudir, en primer lugar, a esos pactos, convenios o pautas que la han establecido o instaurado»*. Por coherencia, debemos estar a esta doctrina y decidir la controversia a la luz del título habilitante y creador de la mejora de la prestación de la pensión de jubilación que ahora se reclama”⁵⁹.

Un estudio que, como el presente, se centre en las mejoras voluntarias articuladas a través de la negociación colectiva debe, necesariamente, tratar de dar respuesta a ese cuestionamiento y es justamente éste el objetivo del presente

⁵⁸ Véanse, por todos, GALA DURÁN, C., “Las mejoras voluntarias”, en AA.VV. *El Estado actual de la negociación colectiva en España: balance y perspectivas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 935 y ss. y QUINTANILLA NAVARRO, B., “Mejoras y beneficios sociales”, en AA.VV. *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 731 y ss. Admitiendo estas tres posibilidades, entre otras, la STS (UD) de 5 mayo 2003 (RJ 5205).

⁵⁹ En similar sentido, destacando la importancia de la fuente instauradora como fuente reguladora, las STS (UD) de 17 marzo 1997 (RJ 1997\2556) o de 20 de marzo de 1997 (RJ 1997\2591).

Capítulo, que se dedicará en un primer momento a repasar las bases normativas que habilitan a la negociación colectiva para establecer y regular mejoras voluntarias, pasando posteriormente a valorar su idoneidad y a analizar los principales conflictos que puede plantear la utilización de esa fuente. Concretamente se analizará la problemática generada por la sucesión de convenios colectivos, la cláusula *“rebus sic stantibus”* y la sucesión de empresa. Conviene dejar claro que nuestro análisis adoptará una perspectiva general, acorde con el papel que corresponde al presente Capítulo en el conjunto del estudio, y que, por tanto, las ideas que a continuación se expondrán deben ser necesariamente completadas con las ofrecidas en los Capítulos sucesivos.

A. La capacidad de la negociación colectiva.

La capacidad de la negociación colectiva para establecer y regular mejoras voluntarias no ofrece en la actualidad ninguna duda, por cuanto dispone de sólidos fundamentos, tanto a nivel constitucional como en la normativa ordinaria.

Como es bien sabido, el artículo 37.1 de la CE 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 adjetivo *“laboral”* es extremadamente amplio y permite incluir no sólo los aspectos relativos a las relaciones laborales individuales y colectivas sino también la denominada *“protección social complementaria”*, dentro de la que se ubican las mejoras voluntarias⁶⁰.

Esa habilitación constitucional queda posteriormente reiterada y reafirmada por la normativa ordinaria, tanto la referida a mejoras voluntarias como la que ordena la negociación colectiva. Así, el artículo 39.2 del TRLGSS señala, en términos que ofrecen poco margen de duda, que *“sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”*. Menos preciso es el artículo 85.1 del TRLET cuando define el contenido del convenio colectivo estatutario, dado que no incorpora ninguna referencia expresa a las mejoras voluntarias o, más en general, a la protección social complementaria, pero la amplitud de sus términos, particularmente la cita de las *“materias de índole (...) laboral”* y a las *“condiciones de empleo”*, permiten incluirlas sin dificultades.

⁶⁰ Así lo ha destacado unánimemente nuestra doctrina, véanse, por todos, MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 344

En alguna ocasión se ha planteado la trascendencia que podría tener la desaparición de determinados reconocimientos expresos, más o menos precisos, al papel de la negociación colectiva en materia de protección social voluntaria que en el pasado habían existido en nuestra normativa⁶¹. Nos referimos, concretamente, a la cláusula que incluía las materias de índole “asistencial”, entre los posibles contenidos del convenio colectivo estatutario, que desaparece tras la Ley 10/1994, de 19 de mayo, y a la referencia que el derogado artículo 181 de la LGSS efectuaba a los “*convenios colectivos*”. A nuestro modo de ver, estos cambios no tienen ninguna trascendencia porque no existe ningún elemento en ellos que evidencie un deseo de impedir la intervención de la negociación colectiva en materia de mejoras voluntarias⁶². Defender lo contrario tendría poco sentido, dado que en nuestro ordenamiento jurídico existe una marcada tendencia a incrementar el protagonismo de esta fuente y que, además, la realidad negocial no se ha visto afectada por la desaparición de aquellos reconocimientos⁶³.

Argumentada la capacidad genérica de la negociación colectiva en materia de mejoras voluntarias, conviene precisar cuáles son los instrumentos colectivos que en concreto pueden establecerlas y regularlas. No admite ningún tipo de duda la inclusión de los convenios colectivos estatutarios, ni tampoco la de los acuerdos sobre materias concretas previstos en el artículo 83.3 del TRLET, que según dispone el inciso final de este precepto “*tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos*”⁶⁴. También quedarían incluidos los

⁶¹ Se hacen eco de esta problemática, entre otros, ARADILLA MARQUES, M. J., “Las Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la incidencia de la Ley de Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, *Tribuna social* (1994/11), No. 47, p. 39 y ss. o GALA DURÁN, C., *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Josep Maria Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 222-225.

⁶² Así lo entiende la mayoría de la doctrina. Véanse, por todos, GARCÍA BLASCO, J., “El contenido del convenio colectivo. En torno al artículo 85”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 100, p. 1485 y ROMERO MURILLO, A. M^a., “La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada o libre”, en AA.VV. *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, pp. 285-286.

⁶³ Más restrictiva parece ser, sin embargo, la posición de CARRASCOSA BERMEJO, M.D., “Mejoras voluntarias de la seguridad social relativas a la pensión de jubilación”, en *Pensiones por jubilación o vejez*, AA.VV. (Dir. Antonio Vicente Sempere Navarro), ed. Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 639, indica que la intervención de la negociación colectiva como fuente en el marco de un derecho heterónomo administrativista como es el Derecho público de la Seguridad Social es posible porque está prevista de forma excepcional respecto de las mejoras voluntarias en el art. 39.2 LGSS, considerando dicha habilitación como imprescindible a tenor de la jurisprudencia dictada con ocasión de la derogación de la DA 10^a del ET.

⁶⁴ Tal equiparación de régimen jurídico junto con el hecho de que su contenido se refiera a “*materias concretas*” sin ningún tipo de restricción son razones suficientes para fundamentar esta segunda inclusión.

convenios colectivos extraestatutarios, dado que su particular eficacia no supone, de entrada y con carácter general, ningún impedimento para establecer y regular mejoras voluntarias; como pone de manifiesto la práctica negocial⁶⁵. Bastante más conflictivo es el caso de los acuerdos de empresa, respecto a los que se exige una reflexión más detenida.

Como es bien sabido, los acuerdos de empresa constituyen una categoría heterogénea de instrumentos colectivos que se define a partir de un mínimo común denominador, esto es, de una serie de características comunes a todos ellos: ámbito de aplicación limitado a la empresa o una parte de la misma, carácter marcadamente informal, contenido material limitado, negociación por sujetos con representación mayoritaria y eficacia jurídica normativa⁶⁶. Ninguno de los acuerdos de empresa previstos en el TRLET está diseñado para regular mejoras voluntarias y por ello en ninguno de los numerosos preceptos de esa norma que contemplan la suscripción de tales instrumentos (artículos 22.1, 24.1, 29.1.3º, 31, 34.2, 34.3.2º, 37.7, 40.2, 41.2.3º, 41.4, 44.4, 44.9, 51.4, 67.1.5º y 82.3.3º) existe una habilitación expresa al respecto. A pesar de ello existen acuerdos de empresa que incorporan cláusulas sobre mejoras voluntarias, particularmente en materia de desempleo y a jubilación. Nos referimos concretamente a los acuerdos alcanzados en los períodos de consulta desarrollados en procesos de despido colectivo y de suspensión de la relación laboral por causas empresariales, donde la inclusión de ese tipo de cláusulas es relativamente frecuente⁶⁷.

A nuestro modo de ver, los acuerdos de empresa legalmente previstos están capacitados para establecer y regular mejoras voluntarias, siempre que

⁶⁵ Véase, sobre el particular, MARTÍNEZ BARROSO, M. R., "La protección social en los convenios colectivos extraestatutarios", en AA.VV. *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 325 y ss. También se muestra favorable a admitir el establecimiento y regulación de mejoras voluntarias en convenios colectivos extraestatutarios GALA DURÁN, C., *El régimen jurídico...*, ob. cit., p. 226.

⁶⁶ Algunos de estos caracteres, particularmente la eficacia jurídica normativa, no son absolutamente pacíficos entre la doctrina, aunque sí disponen de un soporte mayoritario. Para una análisis detenido de la problemática generada por los acuerdos de empresa nos remitimos a los numerosos estudios monográficos que existen sobre esta figura y, particularmente a QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Civitas, Madrid, 2003; ELORZA GUERRERO, F., *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Los acuerdos de empresa*, Civitas, Madrid, 1999; y GARCÍA MURCIA, J., *Los acuerdos de empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.

⁶⁷ Para obtener una visión más detallada de ese fenómeno en el caso concreto de los acuerdos surgidos de los períodos de consulta previos a la adopción de medidas suspensivas consúltese SOLÀ MONELLS, X., *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 543-549.

quede justificado en función de la materia que constituye su eje central. Así por ejemplo, en el caso de los denominados *“acuerdos de reorganización empresarial”*⁶⁸, entre los que deberían incluirse los dos referidos al final del párrafo anterior, la articulación de mejoras voluntarias queda perfectamente cubierta por la obligación de negociar, durante el período de consultas, medidas que permitan *“atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”* (artículos 40.2, 41.4 y 51.4 del TRLET).

Pero no sólo eso: existen argumentos de peso para defender la posibilidad establecer y regular mejoras voluntarias a través de acuerdos de empresa específicos o monográficos, aunque no exista una habilitación legal expresa y directa; hipótesis que la doctrina ha denominado *“acuerdo de empresa atípico”*. El más contundente se localiza en la normativa reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones, concretamente en el artículo 7 del Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado mediante el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, que al delimitar los compromisos por pensiones que deben ser objeto de externalización señala incluye todos los previstos en *“convenio colectivo o disposición equivalente”*, precisando posteriormente que *“se considerarán disposiciones equivalentes al convenio colectivo los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal u otros acuerdos o decisiones cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones”*.

A pesar de todo ello, no puede negarse que las numerosas dudas que plantea el régimen jurídico de los acuerdos de empresa, motivada por las deficiencias que presenta su actual regulación parcial e incompleta, constituyen en la práctica un importante obstáculo para la utilización de este instrumento colectivo⁶⁹.

B. La idoneidad de la negociación colectiva.

La idoneidad del convenio colectivo en tanto que instrumento regulador de las mejoras voluntarias no sólo va a venir determinada por su aptitud genérica para abordar su tratamiento, ésta sólo constituye la llave de paso para que el convenio pueda proceder a efectuar tal tarea. Que ésta sea efectivamente realizada por el convenio va a depender, al margen claro está de que exista una voluntad real de los dos sujetos que lo negocian, de que el mismo constituya un instrumento funcionalmente eficaz. Al respecto, tres son, al menos, los aspectos

⁶⁸ La terminología corresponde a GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Los acuerdos de empresa*, ob. cit., p. 118 y ss.

⁶⁹ Dicha posibilidad es también admitida por CARRASCOSA BERMEJO, M.D., *“Mejoras voluntarias...”*, ob.cit., p. 638.

que, a nuestro juicio, merecen ser destacados como factores positivos de la negociación colectiva en cuanto instrumento de articulación de las mejoras voluntarias, especialmente importantes ventajas si se compara con las otras posibles alternativas: la decisión empresarial unilateral y el acuerdo individual⁷⁰.

Así, en primer lugar, lo que podemos denominar como legitimidad derivada de su carácter paccionado⁷¹. El carácter consensuado de la normativa convencional constituye un factor de suma importancia en aras a lograr la efectividad de la regulación. El carácter negociado de este instrumento normativo así como su aceptación por los representantes de los trabajadores además de constituir un elemento que ofrece una garantía de consenso y de negociación equilibrada asegura la adaptación de la normativa a la realidad que se pretende normar al tenerse presentes los diferentes intereses y necesidades concurrentes, suponen la implicación y aceptación de los destinatarios de la normativa.

En segundo lugar, merece resaltarse, en aras a valorar la funcionalidad del convenio, como instrumento de implantación y regulación de las mejoras voluntarias, la protección singular o reforzada que los compromisos consignados en instrumentos colectivos y, particularmente, los recogidos en convenios colectivos estatutarios y acuerdos sobre materias concretas tienen frente a los derivados de concesiones unilaterales o acuerdos individuales⁷²

La proximidad del convenio a la realidad normada constituye el tercer elemento a tener en consideración. El convenio por su proximidad a la realidad normada puede efectuar una regulación adaptada a la realidad en la que debe proyectar sus efectos. Así, aspectos como puedan ser la organización empresarial, las actividades y funciones desarrolladas a través de las mismas, el

⁷⁰ Así lo han puesto de manifiesto diversos autores, como por ejemplo GALA DURÁN, C., *El régimen jurídico...*, ob. cit., pp. 226-227.

⁷¹ DEL REY GUANTER, S., "Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la «refundación» de la teoría jurídica de los convenios colectivos", RL, nº1-2, enero 1996.

⁷² Conviene recordar que, en virtud del artículo 41 del TRLET, las mejoras voluntarias que eventualmente se establezcan a través de un convenio colectivo estatutario, y por prescripción del artículo 83.3 de la misma norma también los acuerdos sobre materias concretas, no podrían ser modificadas unilateralmente por el empresario ni tampoco mediante un acuerdo con los representantes de los trabajadores, dado que no figuran en el restrictivo listado de su apartado 2.3º, que sólo incluye el "*régimen de trabajo a turnos*", el "*sistema de remuneración*", el "*sistema de trabajo y rendimiento*" y las "*funciones, cuando excedan los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley*", mientras que en caso de haberse establecido por otras vías tal garantía no existe.

número de trabajadores afectados o la situación económica responderán a esquemas heterogéneos en el seno de las diferentes empresas precisando previsiones normativas diferentes en orden a una tutela eficaz de los diferentes intereses en juego.

Debe destacarse, en cuarto lugar, la dinamicidad del convenio colectivo. El convenio colectivo constituye una norma que permite su adaptación al cambio de las circunstancias concurrentes. A la de por sí limitada vigencia en el tiempo de las normas convencionales, que permite su adaptación en las sucesivas renegociaciones que se abren a la expiración de la vigencia, cabe añadir los diferentes mecanismos que disponen las partes para adaptarlo durante su vigencia⁷³. Una capacidad de adaptación que, sin duda, lo convierte en un instrumento especialmente apto, sobre todo en comparación con la vocación de permanencia y estabilidad de la ley, para la regulación de un fenómeno como es el de las NITC caracterizado por la constante innovación.

No puede, negarse, sin embargo que la intervención de la negociación colectiva también plantea problemas, pero consideramos que con frecuencia estos últimos se sobredimensionan y se presentan como conflictos irresolubles, llegando incluso a cuestionar la idoneidad de aquella fuente. No compartimos esta visión por varias razones. En primer lugar porque, como se pondrá de manifiesto en los Capítulos posteriores, en muchos casos los problemas derivan de las deficiencias que presentan las propias cláusulas sobre mejoras voluntarias y, consecuentemente, pueden resolverse mediante una mejor técnica normativa que garantice regulaciones ajustadas y completas. En segundo lugar porque aunque en algunos casos se trate de problemas técnicamente complejos, como es habitual en materia de negociación colectiva, pueden afrontarse adecuadamente con las reglas que ofrece el actual marco normativo y los criterios establecidos por la jurisprudencia, introduciendo pequeñas adaptaciones. En los apartados sucesivos, cuando analicemos los conflictos planteados en supuestos de sucesión convencional, "*rebus sic stantibus*" y sucesión de empresa podrá contrastarse la anterior afirmación. En tercer y último lugar porque, como veremos a continuación, la propia negociación colectiva ofrece a los sujetos negociadores recursos para solucionar algunos de esos problemas, particularmente la inestabilidad que implica el hecho de que los instrumentos colectivos tengan una vigencia temporalmente limitada y ordinariamente corta.

⁷³ Señaladamente, junto a la posible alegación de la cláusula *rebus sic stantibus* de apreciación muy restrictiva por parte de los tribunales, la novación *ante tempus* por mutuo acuerdo de las partes o la vía que abre el artículo 41 del TRLET. También cabría señalar al respecto la atribución a la comisión paritaria de facultades de adaptación del texto convencional. Deben tenerse en cuenta para este último caso, las limitaciones que respecto a la composición de las comisiones paritarias con funciones de negociación se han establecido por parte de la doctrina constitucional y la jurisprudencia.

En diversas ocasiones se ha planteado la conveniencia de articular el establecimiento y regulación de las mejoras voluntarias a través de *“instrumentos negociales específicos”*, dedicados exclusivamente a esta figura, argumentando que de esta manera podría darse una mejor respuesta a sus especiales necesidades, particularmente su voluntad de permanencia, que podría satisfacerse estableciendo *“una vigencia larga del convenio colectivo o incluso indefinida, difícilmente factible cuando en el convenio colectivo se regulan también cuestiones tales como el salario o la jornada que corresponde a los trabajadores”*⁷⁴.

A nuestro modo de ver este planteamiento resulta, en principio, acertado, dado que la utilización de instrumentos colectivos monográficos o específicos puede ser una vía adecuada para solucionar o como mínimo, reducir, algunos de los problemas que plantea la utilización de la negociación colectiva como fuente de instauración y regulación de las mejoras voluntarias, pero con algunas matizaciones, porque no es la única solución posible ni tampoco la mejor en todos los casos.

Si el principal inconveniente que presenta la utilización de convenios colectivos ordinarios es la dificultad de garantizar *“una margen razonable de seguridad, estabilidad y permanencia para que sea reconocible como tal y pueda realizar la finalidad previsor para la cual ha sido creado”*⁷⁵, los negociadores pueden utilizar la facultad prevista en el artículo 86.1 del TRLET, que permite establecer *“distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio”*. Aunque hasta la fecha el uso que se ha hecho de esta facultad ha sido escaso y se ha reducido prácticamente a la cuestión salarial, resulta indiscutible que las mejoras voluntarias constituyen una materia

⁷⁴ GALA DURÁN, C., *El régimen jurídico...*, ob. cit., p. 228. Otras ventajas adicionales que, en opinión de esta autora, presenta la utilización de instrumentos colectivos específicos, son la clarificación que podría conseguirse en relación al acceso o no a las mejoras de los sujetos excluidos del ámbito de aplicación del convenio colectivo (particularmente los altos cargos y directivos), así como la obtención de *“mayores grados de homogeneidad en esta materia entre distintas empresas o sectores, evitándose la atomización actual”* y la facilitación del *“acceso a las mejoras voluntarias de los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas al poderse instaurar regímenes de mejoras voluntarias más estructurados y con mayor permanencia en el tiempo”*.

Otros autores que también defienden la utilización de instrumentos colectivos específicos para el establecimiento y regulación de las mejoras voluntarias son MONEREO PÉREZ, J. L., *“El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”*, en AA.VV. *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, p. 223-228 y GETE CASTILLO, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 278.

⁷⁵ Así lo expone MONEREO PÉREZ, J. L., *“El tratamiento de la relación post-contractual...”*, ob. cit., p. 226.

singular o diferenciada y que, por tanto, es perfectamente factible someterlas a una vigencia específica ajustada a sus necesidades. A nuestro entender, ésta podría ser una buena vía para dar estabilidad a algunas cláusulas sobre mejoras voluntarias que se hallan bien estructuradas y absolutamente consolidadas, de forma que se van reiterando con escasas o nulas variaciones cada vez que se renueva el convenio colectivo, al tiempo que simplificaría el proceso de negociación este último.

Por lo que refiere al instrumento colectivo monográfico o específico, consideramos que, de entre las diversas posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento, la opción que mejor se adapta es el acuerdo sobre materias concretas previsto en el artículo 83.3 del TRLET. La idoneidad de esta figura para regular materias técnicamente dificultosas, que requieren un tratamiento homogéneo y duradero, ha quedado sobradamente acreditada en la práctica, al ser utilizado con éxito en ámbitos tan complejos como la formación profesional y los medios extrajudiciales de solución de conflictos. Dispone, además, de un régimen jurídico bien definido, aunque sea por remisión⁷⁶ y, al ser fruto de una negociación entre patronales y sindicatos más representativos, la denominada *“negociación colectiva en la cumbre”*⁷⁷, garantiza una perspectiva general muy oportuna en materia de protección social complementaria. Por el contrario, la utilización del convenio colectivo, estatutario o extraestatutario, resulta un tanto distorsionante porque dicho instrumento tiene una clara vocación de amplitud material, y los acuerdos de empresa presentan el inconveniente de su marcada informalidad, al que nos hemos referido más atrás.

En resumidas cuentas, la utilización de la negociación colectiva como vía de establecimiento y regulación de las mejoras voluntarias plantea algunos problemas pero también ofrece recursos para resolverlos o evitarlos, de forma que desde una perspectiva global presenta más ventajas que inconvenientes. Esta opinión es compartida por el Acuerdo de Renovación del Pacto de Toledo⁷⁸, cuyo apartado A.14 establece que *“la Comisión considera la negociación colectiva como vía estratégica 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”*.

⁷⁶ Interesa recordar que el último inciso del artículo 83.3 del TRLET señala que los acuerdos referidos en dicho apartado y en el anterior *“tendrán el tratamiento de esta ley para los convenios colectivos”*.

⁷⁷ La expresión corresponde a SANTIAGO REDONDO, K. M., *La negociación colectiva en la cumbre: artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

⁷⁸ Aprobado mediante Resolución de 2 de octubre de 2003, del Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados (VII Legislatura) Serie D: General. Número 596, de 2 de octubre).

II. La tensión entre permanencia y dinamicidad: La sucesión de convenios en el marco de las mejoras voluntarias.

Como ya se ha destacado con anterioridad, la negociación colectiva ha asumido tradicionalmente un papel de primer orden en el establecimiento y configuración de las mejoras voluntarias⁷⁹. Tan es así, que de las diversas vías de constitución de mejoras voluntarias, la instauración de forma unilateral por el empresario, la implementación contractual o la negociación colectiva, se ha destacado que esta última es la más habitual⁸⁰.

La implantación convencional de las mejoras voluntarias supone que, al margen del análisis de la regulación convencional como marco normativo de primer orden en el examen de cada una de las mejoras voluntarias⁸¹, deban de tenerse presentes las características y vicisitudes que presenta la negociación colectiva y el propio convenio colectivo en tanto que instrumentos normativos, por cuanto de aquellas características y vicisitudes se pueden derivar importantes consecuencias en orden a la regulación de las mejoras voluntarias y a su propia idoneidad como instrumento normativo de establecimiento y regulación de las mejoras voluntarias.

En este sentido, la primera de las características que, por su incidencia en la idoneidad del convenio como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias, resulta necesario tener en consideración, se refiere a la temporalidad característica del convenio y, su consecuencia o plasmación en el marco del sistema y estructura de la negociación colectiva, la sucesión de convenios en el tiempo.

⁷⁹ Adviértase que conforme el artículo 39.2 del TRLGSS es precisamente en el ámbito de las mejoras voluntarias donde la negociación colectiva puede actuar en materia de Seguridad Social. La regulación es tajante al respecto al indicar que “Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”. El Régimen General es el único donde se encuentra una regulación específica sobre mejoras voluntarias, los artículos 191 a 194 del TRLGSS, a los que se remiten los Regímenes de Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón. La Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 desarrolla la normativa relativa a las mejoras voluntarias del Régimen general, siendo aplicable también a los trabajadores por cuenta ajena de aquellos dos Regímenes especiales. En este sentido CARRASCOSA BERMEJO, M.D., “Mejoras voluntarias...”, p. 631.

⁸⁰ DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., “La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias”, Anuario jurídico de La Rioja, nº 3, 1997, p. 311 o CARRASCOSA BERMEJO, M.D., “Mejoras voluntarias...”, p. 638 respecto a la jubilación.

⁸¹ Dimensión analítica desarrollada en los sucesivos Capítulos.

En relación a la temporalidad del convenio colectivo, constituye una afirmación prácticamente generalizada en la doctrina la consideración de que las funciones a desarrollar por la negociación suponen que el convenio constituya un instrumento de regulación de marcada temporalidad, en el que la vigencia determinada y breve permitirían su adecuación a las cambiantes circunstancias económico-sociales en las que ha de actuar⁸². Llegándose a afirmar, de esta forma, que la temporalidad de las normas colectivas *“constituye así una garantía de eficacia en 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 ordenación de las relaciones de trabajo, que facilita la adaptación de las condiciones de trabajo a los cambios económicos, sociales y organizativos”*⁸³. La vigencia breve y determinada del convenio se convertiría de este modo en una exigencia funcional que garantizaría que el convenio constituyese, a través de su renegociación periódica, un instrumento actualizado a los cambiantes requerimientos de la realidad productiva.

La praxis de nuestra realidad negocial parecería demostrar la realidad de tales afirmaciones por cuanto la práctica totalidad de convenios colectivos que se concluyen presenta una duración determinada en el tiempo que además se caracteriza por su brevedad⁸⁴. Ha de destacarse sin embargo, que un examen

⁸² Es el caso, por ejemplo, de GALIANA MORENO, J.M., “Notas sobre la vigencia, aplicación e interpretación del convenio colectivo”, RMTAS nº 3, Madrid 1997, pág. 194, para el cual *“el convenio es por su propia naturaleza una norma con expresa vocación de temporalidad”*; de RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “La aplicación en el tiempo del convenio colectivo”, RL, nº9, 1986, pág. 3, que indica que el convenio *“se configura necesariamente como un negocio y una norma de duración limitada en el tiempo”* o de MARTÍN PUEBLA, E., “La dimensión temporal del convenio colectivo”, en *Estudios sobre Negociación y Convenios colectivos. Homenaje al Profesor Alberto Guanche Marrero*, AA.VV., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2003, pág. 354, para el que *“son instrumentos normativos temporales –incluso esencialmente temporales–”*.

⁸³ MARTÍN PUEBLA, “La dimensión...”, ob.cit., pág. 354.

⁸⁴ La tendencia revela que el número de convenios con vigencia plurianual es creciente. Así, conforme los datos de la Estadística de Convenios Colectivos del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, desde el año 1998 en el que el porcentaje de convenios con vigencia anual representaba el 37,1% de los convenios firmados se ha pasado al año 2006 a un porcentaje del 24,5%. Conforme, a tales datos, en el año 2006, el 76,2% del total de los convenios firmados se acordaron con una vigencia superior al año, una cifra que en el 2005 alcanzó el 81,1%. Advertir, no obstante, que un examen de la práctica negocial revela que prácticamente en ningún caso se superan los cinco años de duración. La provisionalidad de los datos referidos al año 2006 impide extraer conclusiones acerca de la interrupción en la tendencia a la disminución del número de convenios anuales.

más próximo a los contenidos de los convenios implicados en los fenómenos sucesorios revela que en la renegociación existe un alto porcentaje de contenidos que perduran en el tránsito convencional⁸⁵.

La temporalidad del convenio se explica y justifica en razones de orden funcional vinculadas a los diferentes cometidos que el convenio en tanto que fuente desarrolla. En este sentido, las exigencias de adaptabilidad y dinamicidad del convenio son especialmente evidentes en aquellos contenidos de la negociación más directamente vinculados con lo que se ha dado en denominar función «managerial»⁸⁶ u organizativa del convenio y en las funciones de *marketing* o de mercado del convenio⁸⁷.

Año	Convenios		Trabajadores	
	Anual	Plurianual	Anual	Plurianual
1999	33,7	66,3	26,5	73,5
2000	27,8	72,2	17,3	82,7
2001	27,8	72,2	18,0	82,0
2002	25,4	74,6	24,4	75,6
2003	26,2	73,8	20,7	79,3
2004	20,4	79,6	21,1	78,9
2005 ¹	18,9	81,1	22,8	77,2
2006 ¹	24,5	75,5	23,7	76,3

¹Los datos de los años 2005 a 2006 se refieren a datos de febrero del 2007.

Tabla extraída de la Memoria del Consejo Económico y Social relativa al año 2006, Consejo Económico y Social, Madrid 2007, pág. 400.

⁸⁵ RIVERO LAMAS llega a afirmar que una de las carencias de nuestro sistema de negociación es una “excesiva estabilidad en el tiempo” de los contenidos convencionales que llega, incluso, a ignorar “la coyuntura económica y la necesidad de adaptarse a las condiciones reales de la empresa”, en “Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/94 (una aproximación interpretativa)”, DL, n° 43, 1994-II, pág. 41.

⁸⁶ DEL REY GUANTER, S., “Una década de...”, ob.cit., pág. 83

⁸⁷ La negociación colectiva constituye desde sus orígenes un instrumento de determinación consensuada, y por ello integradora, de las condiciones de utilización de la fuerza de trabajo en el mercado de la producción. Si en un principio esta cualidad se asentaba básicamente en la consideración del convenio como un acuerdo de tregua, en la que la negociación respondía más a una situación de conflicto que a una planificación racional, para posteriormente construirse sobre las virtudes de un convenio que garantizaba previsibilidad y estabilidad a una organización productiva y unos mercados también esencialmente estables, en la actualidad el mercado y la empresa parecen requerir que la regulación del mercado de trabajo se efectúe desde unos parámetros que garanticen un mayor grado de adaptabilidad en las condiciones de utilización del mercado de trabajo. Pudiéndose afirmar que la mayor capacidad de adaptación a los requerimientos del mercado que presenta la negociación colectiva frente a la regulación heterónoma ha constituido precisamente una de las razones por las que se ha incrementado su protagonismo en dicha tarea y su progresiva independización del conflicto como elemento genético. Sin duda, la relevancia adquirida por la negociación colectiva como instrumento de regulación y adaptación de las diversas modalidades contractuales temporales o la paulatina incorporación de las políticas de empleo como contenido de los convenios constituyen claros ejemplos de ello.

Sin embargo, la función estatutaria que desarrolla la negociación colectiva, entendida como la determinación consensuada de las condiciones de utilización de la fuerza de trabajo en el mercado de la producción, regulando las condiciones de trabajo, exigiría, desde la perspectiva del trabajador, una cierta estabilidad que garantizase una mínima previsibilidad en sus condiciones de trabajo. Sólo a través de una cierta estabilidad y previsibilidad en las condiciones de trabajo cabe el desarrollo de otras facetas de la vida del trabajador (vida familiar, formación...y, en general, desarrollo personal)⁸⁸. Ello se hace evidente también en el caso de las mejoras voluntarias. Nada impide, sin embargo, como se tuvo ocasión de señalar en el anterior epígrafe, que las partes puedan acordar una vigencia amplia o indefinida para instrumentos convencionales específicamente dedicados a la regulación de tal cuestión o, en virtud de la posibilidad contemplada expresamente en el artículo 86.1 del TRLET de acordar vigencias diferenciadas, a aquella parte del convenio dedicada a la regulación de las mejoras voluntarias.

La temporalidad característica del convenio supone que la negociación colectiva, en tanto que sistema y estructura negocial, se configure como un continuo encadenamiento de convenios, como *“un tejido de acuerdos que se suceden entre sí, sustituyéndose, modificándose o revisándose de manera reiterada”*⁸⁹. La sucesión de normas en el tiempo constituye el fenómeno normativo que expresa el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y su capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias que ha de regir. La sucesión normativa se ordena a través del principio de modernidad y su consecuencia jurídica, la derogación, en tanto que acontecimiento que *“supone la pérdida de la vigencia de la norma por otra regulación posterior”*⁹⁰.

La aplicabilidad del principio de modernidad como regla de ordenación y cambio en los sistemas jurídicos plantea importantes y delicadas cuestiones que afectan tanto a su dinámica como a la determinación del alcance de sus efectos. Unos interrogantes que se agudizaban en el caso de la negociación colectiva como consecuencia de las singularidades morfológicas que presenta este sector normativo.

Una sucesión de convenios en el tiempo que puede suponer importantes consecuencias en relación a las mejoras voluntarias que se hubieran podido

⁸⁸ Unas exigencias que se acentúan en un contexto normativo de repliegue de la normativa estatal en el que la desregulación sólo es evitada a través de la regulación convencional de las condiciones de trabajo.

⁸⁹ SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, citado en RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *“La aplicación en el tiempo...”*, ob.cit., pág. 2.

⁹⁰ STS (Cont.-Adm.) de 26 de marzo de 1998.

prever en la negociación colectiva por cuanto la sucesión va a incidir, en tales supuestos, en derechos que, en la mayor parte de casos, se extienden en el tiempo más allá de la vigencia inicialmente prevista en el convenio que las estableció siendo preciso determinar el grado de incidencia que puede tener el nuevo convenio colectivo en la regulación de las mejoras reconocidas y previstas en los convenios precedentes.

La cuestión clave a resolver se ceñiría, en lo que a las mejoras voluntarias reconocidas en convenio se refiere, a tratar de determinar hasta que punto puede el nuevo convenio colectivo aplicable en una determinada unidad negociadora eliminar o modificar el marco normativo previsto en el convenio colectivo precedente y caso de ser ello posible, determinar el grado de incidencia que ese cambio habría de tener en el plano individual, esto es, como habría de afectar el mismo a los trabajadores que hubiesen estado situados bajo el ámbito de aplicación del convenio colectivo modificado.

La resolución a tal cuestión pasa por la exégesis, principal aunque no exclusivamente, de los artículos 82.4 y 86.4 del TRLET, de una parte, y del artículo 192 de la LGSS, de otra. Los preceptos estatutarios, como se tendrá ocasión de comprobar, reconocen el principio de modernidad como criterio de ordenación de la sucesión de convenios en el tiempo, reconociendo expresamente que el convenio posterior puede disponer de los derechos reconocidos en el convenio precedente, mientras que el artículo 192 de la LGSS, tras referirse al carácter voluntario que tiene para las empresas el establecimiento de mejoras directas de las prestaciones, establece que 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.

A. El principio de modernidad como criterio de ordenación de la sucesión convencional.

El análisis del alcance derogatorio en el ámbito convencional estatutario debe de tomar como punto de partida lo dispuesto en artículos 82.4 y 86.4 del TRLET⁹¹. En una primera lectura del tenor literal de ambos preceptos podría deducirse que nos hallamos ante una simple transposición al plano convencional del principio de modernidad que vendría fundamentada y

⁹¹ Conforme al artículo 82.4 del TRLET «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». El artículo 86.4 de la misma norma señala que «El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan».

justificada en el valor normativo del convenio colectivo⁹². Afirmada sin ningún género de dudas la naturaleza normativa del convenio colectivo estatutario parecería justificada que la ordenación de la sucesión temporal de los convenios se articulase sobre el principio que con carácter general ordena la sucesión de las normas jurídicas. Nos encontraríamos, de esta forma, ante dos preceptos que, introducidos con la reforma operada por la Ley 11/1994, se habrían limitado a recoger un criterio que, implícito en la naturaleza normativa del convenio, estaba ya plenamente asentado en nuestra doctrina y jurisprudencia⁹³.

Sin embargo, a nuestro juicio, la cuestión dista de ser tan sencilla. Y ello se comprueba si el análisis de la aplicación del principio de modernidad se descompone en dos planos diferenciados, en los que se atiende, de una parte, a los efectos que se derivan del principio de modernidad respecto a los convenios implicados, esto es, a su condición de principio ordenador del proceso de producción normativa, y, de otra parte, a la proyección de esos efectos en un plano individual⁹⁴.

Atendiendo al primero de los planos, en el que nos situamos básicamente ante una cuestión de fuentes, ciertamente el artículo 86.4 del TRLET supone la plasmación a nivel legal de criterios asentados doctrinal y jurisprudencialmente. Coherentemente con la naturaleza normativa del convenio, el apartado cuarto del artículo 86 establece que la sucesión en el tiempo de convenios determina la derogación del convenio precedente, plasmando a nivel legal, un principio, el de modernidad, que ya antes de su

⁹² Expresamente MARTÍN PUEBLA, E., “La dimensión temporal...”, ob.cit., pág. 368. Así, entre otras muchas sentencias que reconocen la naturaleza normativa del convenio estatutario, las SSTs de 24 de noviembre de 2003 (RJ 2104/2004), de 4 de mayo de 1994 (RJ 7725), de 29 de abril de 1993 (RJ 3381), de 24 de enero de 1992 (RJ 69) o de 9 de diciembre de 1983 (RJ 6240). En la doctrina judicial la STSJ de Andalucía, Granada, de 16 de abril de 2002 (JUR 173375), la STSJ de Navarra de 30 de junio de 2001 (AS 2532) o la STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2001 (AS 2423).

⁹³ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J. (en colaboración con P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO y R. GÓMEZ GORDILLO), *Estatuto de los Trabajadores comentado*, ed. Tecnos, Madrid 2003, pág. 1030, señala que “la cualidad de norma jurídica del convenio estatutario hace que rija también respecto de él los principios propios de las normas, como es el principio de modernidad, que, como principio de solución de la concurrencia temporal de normas viene a significar que el convenio posterior deroga al anterior, siempre que tenga el mismo ámbito territorial y funcional (...) De este modo, puede afirmarse que la regla contenida en el apartado 4 de este precepto constituye una pura obviedad; prueba de ello es que esta regla se incorpora con la reforma de 1994, sin que hubiese supuesto cambio novedoso alguno: ya con anterioridad se interpretaba que éste era el régimen general de sucesión y derogación entre convenios colectivos. Dicho de otro modo, de no existir tal regla, también se sobreentendería que el nuevo convenio deroga al anterior”.

⁹⁴ Un doble plano o perspectiva que halla reflejo en la propia normativa a través de dos preceptos diferenciados, los artículos 82.4 y 86.4. del TRLET.

positivización era considerado el aplicable para ordenar las relaciones que se generaban en la sucesión de convenios de una misma unidad. De esta forma, la existencia de un convenio colectivo no constituye un obstáculo para la aprobación de un ulterior convenio en la misma unidad por cuanto la aprobación de éste determina la derogación “en su integridad” del convenio precedente. Una derogación del convenio precedente que garantiza que los sujetos negociadores del ulterior convenio actúen con plena libertad en la determinación de los contenidos convencionales, al no estar supeditados al mantenimiento de regulación alguna en el texto convencional salvo en aquellos aspectos que voluntariamente estimasen pertinente. Como se ha señalado *“lo establecido en un convenio no configura un conjunto de derechos inmodificable, no se puede sustentar un pretendido principio de irreversibilidad y, por lo mismo, no cabe sostener que cada convenio constituye un suelo que el convenio posterior haya de respetar en todo caso”*⁹⁵.

La derogación del convenio precedente por la aprobación de un convenio ulterior en la misma unidad, además de coherente con una naturaleza normativa del convenio que impide considerar que las condiciones de trabajo contenidas en el mismo se integren en el patrimonio contractual del trabajador⁹⁶ y con la propia temporalidad del convenio, se erige en una garantía funcional y material para el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Así, desde una perspectiva material, el reconocimiento del principio de modernidad, en contraposición al principio de irreversibilidad, permite que los sujetos negociadores puedan desarrollar su autonomía colectiva libre de condicionantes marcados por la regulación que previamente se hubiera podido acordar.

Asimismo, la ausencia de condicionantes materiales predeterminados por la normativa negocial precedente constituye una garantía funcional en orden a la consecución de un instrumento normativo adaptable al entorno en que ha de actuar, o, desde otra perspectiva, *“una posibilidad trascendental de adaptación de la evolución de las relaciones laborales a las circunstancias específicas de las empresas y de los contextos económico y social de las mismas”*⁹⁷. Constituyendo,

⁹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Contenido negocial y sucesión de convenios”, en La reforma de la negociación colectiva, coord. por M.R. ALARCÓN y S. DEL REY, Ed. Marcial Pons, Madrid 1995, pág. 112.

⁹⁶ DEL REY GUANTER, S., “Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del TRET”, REDT, nº 77, 1996, pág. 434; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Contenido negocial y sucesión de convenios...”, ob.cit., pág. 112.

⁹⁷ DEL REY GUANTER, S., “Autonomía individual y autonomía colectiva...”, ob.cit., pág. 434. En similar sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Contenido negocial y sucesión de convenios...”, ob.cit., pág. 113, señala que *“la conveniencia de contar con un margen amplio de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas, técnicas u organizativas de la empresa (...)”*

de este modo y al mismo tiempo, una opción plenamente coherente con la finalidad declarada de la norma que supuso su cristalización legislativa⁹⁸.

De esta forma, tal y como ha sido advertido de forma unánime por la jurisprudencia, no existe un principio de irreversibilidad de las condiciones de trabajo reconocidas en el convenio colectivo, admitiéndose *“en consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa. La fuerza derogatoria que tiene un convenio respecto del precedente lo recoge expresamente también el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores”*⁹⁹. Considerándose que *“el convenio colectivo es esencialmente una norma temporal que, en principio, no está llamado a desplegar eficacia fuera del tiempo a que se contrae su vigencia, salvo que en el mismo o en otro posterior así se reconozca”*¹⁰⁰. Reconociéndose en la STS (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256), en relación con los artículos 82.4 y 86.4 del TRLET, que *“La voluntad expresada del legislador es clara en cuanto ha optado por una mayor potenciación de la libertad de negociar, eliminando las trabas que pudieran condicionar la capacidad de pactar de los negociadores, a cuyo fin dispone que pierden eficacia los pactos y compromisos adquiridos en convenios colectivos anteriores, sin hacer distinciones con respecto a la naturaleza o a las características de los derechos afectados, y esto es así por cuanto que el Congreso de los Diputados rechazó una enmienda al proyecto de ley formulada por un grupo parlamentario, que pretendía introducir en el número 4 del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores un inciso final del siguiente tenor: «Sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición». El rechazo de tal propuesta supone que, a la luz del texto legal, cuando los legitimados inician el proceso negociador, no están condicionados por niveles mínimos en las condiciones a pactar, como no sean los impuestos por la ley (artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores), ni resultan limitadas sus facultades de convenir, por lo que puedan disponer acerca de los pactos o acuerdos privados, aunque sean de dimensión colectiva, de fechas anteriores. Además del respaldo legal con que cuenta tal afirmación, hay otras razones que abundan en lo mismo y que justifican la actualización de las condiciones a pactar, pues tratándose de negociaciones sucesivas en una misma unidad o ámbito, como aquí sucede, las circunstancias pueden cambiar de un momento a otro, y lo mismo sucede con las personas físicas que en uno y otro caso conforman la comisión negociadora y cuyo criterio puede tener un distinto reflejo en el convenio nuevo respecto de lo pactado con anterioridad”*.

constituye uno de los valores normativos de la negociación colectiva” y uno de los argumentos que fundamenta la aplicabilidad del principio de modernidad en la sucesión convencional.

⁹⁸ Conforme la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, permitir *“una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa, tanto a la situación económica de la misma como a los cambios del mercado en el que opera”*.

⁹⁹ STS de 16 de diciembre de 1994 (RJ 10098).

¹⁰⁰ STS de 25 de junio de 1993 (RJ 4921).

De esta forma, las partes negociadoras del nuevo convenio, de forma coherente con el principio de libertad negociadora reconocida en el artículo 85.1 del TRLET, podrán mantener las mejoras voluntarias existentes en el convenio precedente, modificarlas e, incluso, suprimirlas. Cosa distinta, y a ello dedicaremos el siguiente epígrafe, es el alcance que haya de dársele a tal innovación normativa.

Por otra parte, conviene destacar, que el artículo 86.4 del TRLET no constituye una simple plasmación del principio de modernidad. La forma en que el legislador ha positivizado el criterio en su actuación en el ámbito convencional va más allá de la configuración que tradicionalmente asume en el ámbito de la normativa heterónoma. El principio de modernidad en el ámbito convencional es asumido de manera más rotunda que en el ámbito de la normativa estatal, por cuanto la derogación, resultante de la aprobación de un convenio en la misma unidad de negociación, va a operar de forma automática y en su integridad. La simple existencia de una sucesión de convenios en el tiempo va a determinar la derogación total del convenio precedente con independencia de que ello este previsto expresamente en ese nuevo convenio o de que su contenido resulte incompatible con el convenio precedente¹⁰¹.

Por lo que a su relación con el artículo 82.4 del TRLET se refiere, ha de advertirse que, a nuestro juicio, ambos preceptos, lejos de ser redundantes, son complementarios por referirse a fenómenos que aún relacionados son diferentes. Y ello en un doble sentido. Así, por una parte, el artículo 86.4 del TRLET, tal y como ha sido advertido¹⁰², contempla el fenómeno de la sucesión convencional desde la perspectiva de las fuentes implicadas, adoptando por ello una perspectiva en la que prima la atención sobre la sucesión en tanto que criterio de ordenación del proceso de elaboración de las normas convencionales, mientras que el artículo 82.4 del TRLET, en consonancia con su propia intitulación, se atiende prioritariamente a los efectos que se derivan de esa sucesión respecto a los derechos y obligaciones que viniesen siendo reconocidos por el convenio derogado, erigiéndose de esta forma en una norma de derecho transitorio que trata de resolver los problemas que origina el transito normativo reconocido y regulado en el artículo 86.4 del TRLET.

¹⁰¹ En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Contenido negocial y sucesión de convenios...", ob.cit., pág. 113, indica que el nuevo texto legal sirve para generalizar la función derogatoria, impidiendo *"incluso hacer recurso a la tesis de la presunción de mantenimiento de las condiciones anteriores, en el caso de que el nuevo convenio no las regulara o no las negara expresamente"*.

¹⁰² DEL REY GUANTER, S., "Autonomía individual y autonomía colectiva...", ob.cit., pág. 436; GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Contenido negocial y sucesión de convenios...", ob.cit., pág. 112 y ss. y MARTÍN PUEBLA, E., "La dimensión temporal...", ob.cit., pág. 367.

B. La proyección temporal de los efectos de la derogación: derogación y derecho transitorio.

1. El derecho transitorio como mecanismo modulador de la eficacia derogatoria de las normas.

Tal y como se acaba de observar, el principio de modernidad supone que la sucesión de convenios en el tiempo determine la derogación del convenio precedente constituyendo el nuevo convenio el marco regulador de los derechos y obligaciones. Un marco regulador que vendrá determinado libremente por las partes negociadoras sin condicionantes materiales derivados de la norma paccionada previa por no existir, como se acaba de ver, condiciones más beneficiosas de origen normativo ni un principio de irreversibilidad que ordene la sucesión de convenios en el tiempo¹⁰³. Cabría pensar, a priori, que la consecuencia automática de esa sucesión y de la consiguiente derogación del convenio precedente habría de ser la pérdida total de eficacia del convenio derogado y la consiguiente aplicabilidad, en los términos que éste estableciese, del nuevo convenio como único marco convencional regulador de los derechos y obligaciones.

Ciertamente la derogación de una norma, el cambio en la conformación estructural del ordenamiento jurídico, va a determinar en última instancia la pérdida de eficacia de la norma derogada. Como veíamos, la sucesión normativa y la derogación constituyen la plasmación jurídica de una voluntad normativa de cambio, de modificación de los patrones normativos de conducta, que exige, en último término, que la norma eficaz y aplicable sea aquella que se corresponde con la más actual en el tiempo. Sin embargo, la cuestión no resulta tan sencilla como a primera vista pudiera parecer, antes al contrario, la determinación del grado de incidencia que sobre los procesos jurídicos en marcha de la realidad normada haya de dársele al cambio normativo es una cuestión que, objeto de atención por parte del derecho transitorio, reviste una enorme complejidad.

Las normas de derecho transitorio, entendiendo por tales aquellas que tienen por objeto la determinación de la norma aplicable en los supuestos de sucesión de normas en el tiempo¹⁰⁴, tratan de alcanzar un equilibrio entre

¹⁰³ Los únicos condicionantes de orden material en la regulación convencional serán aquellos derivados del principio de jerarquía normativa, esto es, del respeto a las normas de derecho necesario.

¹⁰⁴ Normas de transición para DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, reedición del volumen publicado en 1949, Madrid, 1984, ob.cit. pág. 632, que las define como “normas determinadoras de las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas existentes al

seguridad jurídica y las necesarias dosis de dinamicidad que ha de revestir todo ordenamiento jurídico.

Indudablemente, la solución que mayor dosis de dinamicidad y capacidad de transformación aseguraría al sistema sería aquella que vinculase derogación con la pérdida de eficacia de la norma derogada. Acaecida la sucesión normativa, la norma más actual sería la que regulase todos los supuestos incardinables en su supuesto de hecho y ello con independencia de cuando se hubiesen producido los hechos que generaron aquellos efectos. Sin embargo, la admisión generalizada de la eficacia retroactiva y, por ende, la subrogación automática de la nueva norma en el lugar que ocupaba la norma derogada provocaría efectos indeseables en relación al principio de seguridad jurídica, en su vertiente de certeza jurídica, al menoscabar la previsibilidad y confianza de los ciudadanos en las normas jurídicas¹⁰⁵.

Una falta de certeza, de previsibilidad, que se cohoneste en forma muy negativa con aquellos derechos, que como las mejoras voluntarias consistentes en prestaciones periódicas, se caracterizan por su permanencia y disfrute continuado en el tiempo, al ser la previsibilidad de su disfrute un elemento que caracterizaría incluso al derecho al integrarse en su propio régimen jurídico.

En el otro extremo, la solución contraria, esto es, limitar con carácter general, la retroactividad de la norma, garantizando la aplicación de la norma derogada a todos aquellos supuestos acaecidos durante su vigencia, aún cuando sus efectos se produjesen durante la vigencia de la nueva ley, supondría también importantes problemas derivados de la limitación de la capacidad de innovación y adaptación normativa¹⁰⁶, así como de la coexistencia de regímenes

producirse un cambio legislativo". El Tribunal Supremo, sala del Contencioso Administrativo, en la sentencia de 10 de mayo de 1999 (RJ 3607) las define como *"las normas de transición no son sino normas delimitadoras de las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse un cambio de legislación, de manera que tienen una finalidad definidora de la regla material que rige el efecto jurídico propio de una relación o derecho subjetivo, y un objeto especial limitado a las relaciones jurídicas que existen en una época de transición, es decir, cuando unas normas son sustituidas por otras"*.

¹⁰⁵ Unas normas jurídicas que presentan como uno de sus fines principales el desarrollo de una función de guía u orientación para los ciudadanos, véase ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid 2002, pág. 277. Como ha señalado DE CASTRO Y BRAVO *"la mudanza de las normas de Derecho, si se admitiesen inflexiblemente todas sus lógicas consecuencias, traería consigo el cambio automático de todas las situaciones jurídicas existentes; el cuerpo social habría de adaptarse forzosamente a moldes completamente nuevos y arrojar, como caducos los anteriores. Este brusquísimo cambio sería contrario a uno de los fines principales del Derecho: a la seguridad jurídica"*, *Derecho Civil...*, ob.cit. pág. 632.

¹⁰⁶ Así matizando el límite que debe suponer la certeza del derecho como condicionante del derecho transitorio, FULLER advierte que *"si cada vez que un hombre confía en el Derecho existente para arreglar sus asuntos, se asegura contra cualquier cambio en las normas legales, todo nuestro conjunto de leyes se osificaría para siempre"*, en *La moral del Derecho*, ed. Trillas, México 1964, pág. 71. Incidiendo en la importancia que puede asumir la retroactividad como factor de

jurídicos diferenciados en función de la fecha de constitución de la situación regulada.

La dogmática jurídica, partiendo de la constatación fáctica de la existencia de leyes con eficacia retroactiva, presenta una larga historia de búsqueda de soluciones a esa tensión. Son múltiples las construcciones dogmáticas que elaboradas, con el objeto de aportar reglas generales para establecer la línea divisoria entre la eficacia de la ley antigua y la de la ley nueva, tratan básicamente de determinar los límites a los que ha de ajustarse el alcance de una pretendida retroactividad¹⁰⁷. Sin que sea posible entrar en el análisis de las diversas teorías elaboradas en relación a esta cuestión¹⁰⁸, interesa destacar que la doctrina moderna ha descartado la búsqueda de soluciones abstractas, ya sea por cuanto se observa que es esta una cuestión en la que subyace un importante trasfondo político¹⁰⁹, ya sea por considerar que tal intento falla en su presupuesto básico al reputarse imposible la consecución de

transformación y adaptación jurídica BATLLE VÁZQUEZ afirma que *“la retroactividad es en muchas ocasiones indispensable y es precisamente un medio de transformación y progreso de situaciones pasadas que se consideren de conveniente remoción, y como la ley debe ser conveniente al lugar y al tiempo, no se puede renunciar de antemano a lo que es un instrumento para esa necesaria evolución cual acontece con la predicha retroactividad”*, “Artículo 2 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, RDP, T. I, Madrid 1978, ob.cit., p. 75.

¹⁰⁷ En este sentido, ya DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil...*, ob.cit. pág. 638, indicaba que *“los más de los autores reconocen (...) que el legislador tiene poder para dictar disposiciones retroactivas y para señalarles su eficacia; pero entienden que es cometido de la ciencia jurídica el dar reglas precisas sobre el alcance que pueda tener cada tipo de ley respecto a cada clase de relación jurídica”*.

¹⁰⁸ Unas teorías que SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Vol. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, pág. 372 a pesar de considerar erróneas en su planteamiento, véase la nota 223, califica de *“auténticos monumentos de saber y del ingenio jurídico”*.

¹⁰⁹ El escepticismo en torno a la posibilidad de construir normas generales al respecto ya fue apreciado de manera contundente por DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil...*, ob.cit. pág. 633 advirtiéndole de que los sistemas doctrinales de derecho transitorio *“han sido culpables de dificultar arbitrariamente el estudio del derecho transitorio, cargando con el peso muerto de teorías arbitrarias y disputas de escuela a una materia que, por su abstracción, es de por sí poco fácil y clara”*. En sentido similar DÍEZ-PICAZO, L.M., *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid 1990, pág. 184 a 187, indica que *“hoy en día, sin embargo, no es lícito ignorar que detrás de toda posible solución a cada conflicto de leyes en el tiempo se encuentran ciertos condicionamientos sociales y determinadas convicciones filosóficas y políticas, al igual que ocurre con cualquier otro problema jurídico...de aquí, que en la actualidad resulte insostenible todo intento de construir normas de conflicto universalmente válidas y que sea imprescindible someter a un enjuiciamiento, desde las características peculiares de cada ordenamiento, las reglas tradicionalmente afirmadas del Derecho intertemporal”*. Asimismo DÍAZ AZNARTE, M.T., *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo (Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2002, pág. 85.

reglas generales para la solución de cuestiones que dependen esencialmente de las circunstancias que configuren cada caso¹¹⁰.

La determinación de cuáles hayan de ser las reglas de derecho transitorio se concibe en la actualidad esencialmente como una cuestión de derecho positivo, de determinación de las normas que en cada ordenamiento jurídico disciplinan el tránsito normativo y sus efectos¹¹¹. Cabe señalar, no obstante que la escasez de normas expresas y el carácter indeterminado que presentan las normas de derecho transitorio generales de nuestro sistema obligan al operador jurídico a efectuar una *“tarea de reconstrucción del sistema de normas de conflicto sobre la base de los valores constitucionalmente protegidos y de los principios generales que se puedan inferir del ordenamiento jurídico”*¹¹².

Una tarea de reconstrucción que en el caso de las mejoras voluntarias ha devenido especialmente necesaria por la vaguedad y ambigüedad de las normas específicamente referidas específicamente a esta cuestión. Así, y por lo que se refiere a la normativa específicamente referida a las mejoras voluntarias la única norma con incidencia en la materia se contiene en el artículo 192 al establecer que *“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”*. Una interpretación literal de dicho precepto, supondría, en relación a los derechos ya causados referidos a mejoras de prestaciones de carácter periódico, su intangibilidad respecto a una eventual sucesión de convenios que implicase la anulación o menoscabo de la

¹¹⁰ Así, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...*, ob.cit., pág. 372 indica que *“el problema es insoluble porque, como tantos otros de la ciencia jurídica, adolece de un error de planteamiento dogmático. Es inútil buscar un criterio único que sirva de límite a priori a la retroactividad de las leyes, porque el problema no está en las leyes, sino en la naturaleza de las situaciones sobre las que dichas leyes recaen, que son, por definición, extraordinariamente variadas y merecedoras de una protección muy diversa frente a normas innovativas”*. Una crítica también puesta de manifiesto por DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil...*, ob.cit. pág. 643 a 645

¹¹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...*, ob.cit., pág. 372; Díez-PICAZO, L.M., *La derogación...*, ob.cit., pág. 184.

¹¹² Díez-PICAZO, L.M., *La derogación...*, ob.cit., pág. 187. En una manifestación más de su carácter de *norma normarum*, la Constitución Española establece normas de derecho transitorio que el legislador ordinario ha de respetar. Unos límites que en determinados casos se configuran de forma expresa –caso del artículo 9.3 de la CE al imponer «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales» o del artículo 25 en lo que sería su translación al ámbito penal y sancionador– y en otros como límites implícitos, caso del principio de seguridad jurídica contenido también en el artículo 9.3, del principio de igualdad contenido en artículo 14 de la CE o del necesario respeto a la cosa juzgada que podría derivarse del artículo 118.

mejora ya causada, por cuanto tales actos modificativos o extintivos sólo serían lícitos de efectuarse de conformidad con lo establecido en la norma reguladora. Por el contrario, otra interpretación de dicho precepto supondría entender que la referencia efectuada a las “normas que regulan su reconocimiento” debe entenderse realizada no al concreto convenio que la estableció sino a la fuente en sentido genérico, esto es, al convenio colectivo en tanto que instrumento normativo y, por ende, a la normativa que regula su sucesión y que, no es otra, que los artículos 82.4 y 86.4 del TRLET.

El Tribunal Supremo en una línea ya plenamente asentada y consolidada, de las que son un exponente inicial las SSTs (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256) y de 18 de julio del 2003 (RJ 7279)¹¹³, se ha inclinado por aplicar, también en el ámbito de las mejoras voluntarias, los artículos 82 y 86 del TRLET, descartando que quepa considerar, a los efectos de determinar el alcance de la sucesión convencional en el ámbito de las mejoras voluntarias, incluso de aquellas ya causadas y carácter periódico como pudieran ser complementos a las pensiones de jubilación percibidas por los trabajadores de la Seguridad Social, el artículo 192 de la LGSS una norma especial que hubiera de atemperar el alcance y efectos de la sucesión convencional¹¹⁴.

2. La proyección de los efectos de la sucesión de convenios en el ámbito de las mejoras voluntarias.

Habiéndose estimado, por parte del Tribunal Supremo, la aplicabilidad de los artículos 82.4 y 86.4 del TRLET en el ámbito de las mejoras voluntarias establecidas convencionalmente y advertida la importancia de las normas de

¹¹³ Seguido, entre otras, por la STS (UD) de 16 noviembre 2006 (RJ 9299) o la STS (UD) de 30 marzo 2006 (RJ 3307).

¹¹⁴ En este sentido y en relación al artículo 192 de la LGSS, la STS (UD), de 16 noviembre 2006 (RJ 9299) establece que *“Este precepto ha sido interpretado por las sentencias de este Tribunal dictadas en Sala General en fechas 16 (RJ 2003, 7256) y 18 de julio de 2003 (RJ 2003, 7279)(Rec. 862/2002 y 3064/2003) en el sentido de que: «no obstante el carácter voluntario, para las empresas, de la implantación de las mejoras, 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. En este caso concreto, la norma que reconoce y regula las mejoras cuestionadas es un convenio colectivo, que no contienen previsiones respecto de su permanencia en el tiempo o de su blindaje frente a pactos colectivos posteriores y resultó que el convenio colectivo último, es decir, una norma de idéntico rango a la que tenía reconocido el beneficio, no es que eliminara por completo el derecho anteriormente reconocido, sino que lo sustituyó por otro de similar naturaleza, aunque de distinto alcance... De todo ello resulta que se trata de una mejora reconocida en convenio colectivo y que otro convenio colectivo posterior, es decir, una norma de igual rango y ámbito que la propia de su reconocimiento, ha disminuido el beneficio, lo que es posible a tenor de las normas que regulan la negociación colectiva y, en concreto, el artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores, tal como ha sido interpretado por esta Sala en las sentencias antes citadas»”.*

derecho transitorio positivo como elemento ordenador de la sucesión normativa y factor modulador de los efectos de ésta resulta necesario retomar la cuestión por donde la habíamos iniciado, esto es, por el artículo 82.4 del TRLET y analizar el segundo de los planos en el que descomponíamos el análisis, esto es, el de los efectos que en relación a la determinación de la normativa aplicable se derivan de la derogación del convenio precedente, en definitiva, determinar cuáles son las normas de derecho transitorio que rigen la sucesión de convenios en el tiempo¹¹⁵.

Pudiera parecer a priori que la derogación del convenio producida por la sucesión convencional habría de determinar que aprobado un nuevo convenio este deviniese el único y exclusivo marco regulador de los derechos y obligaciones. Un nuevo marco que, además y como consecuencia de la ausencia de condiciones más beneficiosas de origen normativo y, por ello, de un principio de irreversibilidad, gozaría de absoluta libertad para mantener, modificar o suprimir los derechos y obligaciones que se contenían en el convenio precedente.

Sin ningún género de dudas, el reconocimiento, en el artículo 86.4 del TRLET, del principio de modernidad como criterio de articulación y ordenación de la sucesión de convenios en el tiempo determina la aplicabilidad del nuevo convenio en orden a la regulación de los derechos y obligaciones que pudieran generarse desde el momento de su entrada en vigor. La derogación del convenio precedente por la aprobación de un nuevo convenio determina que los hechos que se generen a partir de la entrada en vigor del nuevo convenio deban de someterse a la nueva disciplina normativa¹¹⁶. La aplicación del nuevo convenio a los hechos que se generen a partir de su entrada en vigor ha de considerarse como la consecuencia normal de la vigencia del convenio en tanto que norma. Una eficacia que reconocida expresamente en el artículo 82.3 del TRLET al establecer que «los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de

¹¹⁵ Donde mayores interrogantes y de mayor calado suscitan los preceptos analizados, especialmente el 82.4, es en este segundo plano. El carácter debatido de esta cuestión es puesto de manifiesto por DEL REY GUANTER, S., “Autonomía individual y autonomía colectiva...”, ob.cit., pág. 434 y 435, al afirmar que “la declaración del artículo 82.4 reviste más complicaciones de lo que la mera declaración de inexistencia de condiciones más beneficiosas normativas de origen convencional puede dejar entrever (...) a diferencia de la unanimidad que caracteriza la lectura «lineal» del artículo 82.4 que antes hemos indicado, este último punto sobre la afectación de derechos «adquiridos» en trance de disfrute es más debatido tanto en la doctrina como en los propios Tribunales”.

¹¹⁶ Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que el convenio derogado hubiese atribuido en forma expresa determinados derechos como condiciones disfrutadas *ad personam* y aquellos supuestos en los que el nuevo convenio contiene una garantía *ad personam* que inmuniza los derechos atribuidos por el anterior convenio. Unas hipótesis que en tanto que expresión del derecho transitorio convencional serán objeto de atención al hilo del análisis de aquél.

aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia» resulta la consecuencia normal de la temporalidad del convenio y de la aplicabilidad del principio de modernidad como criterio ordenador de la sucesión convencional en el tiempo. Sin que la existencia de una regulación previa alternativa constituya un título que legitime por sí sólo el mantenimiento de aquélla bajo la pretendida existencia de una condición más beneficiosa que en ningún caso puede tener su título constitutivo en una disposición normativa¹¹⁷.

Cuando la determinación del alcance que tiene la derogación convencional se complica, al margen de los supuestos en que el convenio retrotrae sus efectos a un momento anterior al inicio de su vigencia, es cuando la aplicabilidad del nuevo convenio colectivo se proyecta sobre los efectos de derechos que producidos o causados durante la vigencia del convenio precedente continúan perviviendo una vez que el nuevo convenio colectivo se encuentra vigente por tratarse de derechos cuya duración no se agotan con la vigencia de aquel sino que por su naturaleza se prolongan en el tiempo. En este supuesto a diferencia del anterior la derogación del convenio por aprobación de

¹¹⁷ Así, en relación a la aplicabilidad de una reducción del porcentaje de antigüedad prevista en convenio la STS de 16 de diciembre de 1994 (RJ 10098) señala que *“caben, en consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa”*, doctrina recogida más recientemente en la STS de 16 de julio de 2003 (RJ 7256). Destacando la importancia del título constitutivo de la condición, la STS de 19 de septiembre de 1997 (RJ 6487) al afirmar que *“el valor normativo que tienen los convenios colectivos estatutarios determina que ante la sucesión de convenios se aplique el más moderno, por tanto al tener como fundamento la nueva ordenación de los títulos de transporte en RENFE un pacto colectivo, y no en pacto individual, ello excluye, que estemos ante una condición más beneficiosa”*. En relación a la aplicabilidad de la estructura salarial determinada por el nuevo convenio la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de abril de 2004 señala que *“Si no concurren ambos requisitos: el subjetivo, que consiste en la voluntad del empleador de pactar o conceder -incluso graciosamente- la mejora, y, otro objetivo, que el beneficio supere las condiciones mínimas legales o convencionales reguladoras de la materia, pues no las supera, no puede hablarse de “condición más beneficiosa”. Por ello, la doctrina es únicamente unánime al concluir con que no hay condiciones de trabajo normativas adquiridas frente a una norma posterior de rango suficiente”*. En el mismo sentido la STSJ de Cantabria de 14 de junio de 2005 (AS 1287) señala que *“Ninguna expectativa de derecho existe de que, una vez vencido el tiempo de aplicación de un convenio, debiera o pudiera mantenerse en el nuevo el mismo sistema de retribuciones u otras condiciones laborales, desde el respeto al criterio de que nadie sufriera una merma de ingresos o derechos adquiridos; pero surgiendo en el presente un nuevo pacto colectivo sin que la parte recurrente pretenda la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, sino los derivados de la propia norma convencional de igual valor normativo que la que la sustituye (estructura salarial, jornada laboral, vacaciones, permisos, suspensión del contrato, indemnizaciones y mejoras sociales, sustituciones, clasificación profesional, promoción en el trabajo), ello no es posible constando la existencia de un nuevo pacto colectivo, por la vía de la acción individual, ya que ello equivaldría a negar la posibilidad de negociación colectiva en el futuro, como interpretación del convenio que ha perdido vigencia, lo que en sí sería contrario a la norma del art. 37.1 de la Constitución Española y art. 82 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores, salvo que así lo entendiese el órgano judicial competente para la revisión del nuevo acuerdo colectivo en que se plasma la existencia de un certificado de garantías individuales que los actores pretenden no respeta la norma colectiva de la que nace”* o la STSJ de Cataluña de 28 de octubre de 2004 (AS 3499).

un nuevo convenio incide ya no en simples expectativas sino en los efectos de derechos perfeccionados durante la vigencia del convenio precedente. Siendo este el caso de las mejoras voluntarias en materia de incapacidad temporal, invalidez, viudedad o jubilación acordadas por convenio¹¹⁸.

En tales supuestos debe determinarse si el nuevo convenio configura el marco normativo al que debe ajustarse la configuración y ejercicio del derecho en relación a los actos o efectos que de aquel derecho pudieran derivarse una vez acaecida el inicio de la vigencia del nuevo convenio (aplicación de la teoría del efecto inmediato) o si por el contrario, tal y como se sostiene, en relación a las leyes, debe reconocerse cierta eficacia al convenio derogado (teoría de la ultraactividad) por no producirse una subrogación automática del nuevo convenio en la posición del anterior.

En una primera impresión, los artículos 82.4 y 86.4 del TRLET serían los preceptos que a nivel legal deberían ser tomados en consideración para la resolución de esta cuestión en ausencia de normas de derecho transitorio convencional. Unos preceptos que en atención a su carácter de ley especial y posterior a la normativa que con carácter general regula los efectos de la sucesión de las normas en el tiempo, desplazaría la aplicabilidad del artículo 2 y de las Disposiciones Transitorias del Código Civil en lo que a su aplicabilidad al convenio colectivo se refiere¹¹⁹.

Sin embargo, y a pesar de que jurisprudencialmente es una constante la fundamentación jurídica de la resolución de este conflicto en base al principio de modernidad y a la inexistencia de un principio de irreversibilidad de las condiciones colectivas¹²⁰, a nuestro juicio, la determinación de cuál haya de ser

¹¹⁸ Ocurre también con las excedencias que hubieran podido causarse durante la vigencia de un determinado convenio y conforme a la regulación que en el se pudiera establecer; de determinadas mejoras desvinculadas de la acción protectora de la Seguridad Social o de algunos compromisos en materia de empleo.

¹¹⁹ Debe de señalarse que, aunque en alguna sentencia se hace mención expresa a la aplicabilidad de las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª del Código Civil, así la STS (UD) de 26 de junio de 1998 (RJ 5790), las mismas no constituyen la *ratio decidendi* de la resolución del conflicto. Así, el conflicto que se plateaba en dicha sentencia, la determinación de cuál había de ser el convenio que establecía las condiciones en que debía ser disfrutada una excedencia, si el que regía cuando aquella se concedió o el nuevo que modificaba su régimen jurídico, es resuelto por el Tribunal admitiendo que el nuevo convenio puede establecer que las reformas alcancen a las excedencias anteriores, pero que para ello se requiere que “ineludiblemente” ese convenio “ordene claramente la extinción” “no siendo suficiente... la simple reforma de los preceptos del convenio precedente”, esto es, sobre la base de la necesidad de que el convenio acuerde en forma expresa la afectación a los derechos causados durante la vigencia del convenio precedente.

¹²⁰ Así, entre otras, la STS (UD) de 12 de diciembre de 1994 (RJ 10091), la STS de 14 de julio de 1995 (RJ 6255), la STS de 20 de diciembre de 1996 (RJ 9812), la STS (UD) de 25 de enero de 2000

el marco jurídico pasa por la interpretación que deba de efectuarse del artículo 82.4 del TRLET, no sobre la base del principio de modernidad consagrado en el artículo 86.4 del TRLET. Como tuvimos ocasión de señalar, el principio de modernidad tiene, a nuestro juicio, su ámbito de actuación en un plano creativo, de producción normativa, lo que se determina conforme al mismo es que la aprobación de un nuevo convenio supone la derogación del convenio precedente y que por ende el nuevo convenio pase a constituir la norma vigente, y por ello, la norma que vinculará desde su entrada en vigor a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. Sin embargo, no cabe inferir del mismo ninguna regla que resuelva los problemas de transitoriedad. Si se quiere, es precisamente, la articulación de la sucesión convencional sobre la base del principio de modernidad la razón o causa de que se deba de determinar cuál haya de ser la norma aplicable en la regulación de los derechos que causados durante la vigencia del convenio derogado continúan, sin embargo, produciendo efectos durante la vigencia del nuevo convenio.

La introducción en 1994 del artículo 82.4 del TRLET supuso que cupiese plantearse si la misma constituía simplemente la plasmación a nivel normativo de un criterio ya asumido previamente en relación a la no generación por convenio de condiciones más beneficiosas o, si yendo más allá, suponía la posibilidad de que el nuevo convenio dispusiese de los derechos adquiridos por los trabajadores durante la vigencia del convenio anterior. La cuestión por lo tanto a responder era si el nuevo artículo se limitaba a reconocer la eficacia inmediata del convenio colectivo, descartando una posible invocación a cualquier tipo de condición más beneficiosa con origen en el convenio precedente, o si yendo más allá instituía una norma de derecho transitorio que suponía la posibilidad de que el nuevo convenio modificase o, incluso, suprimiese *pro futuro* los efectos de derechos causados durante la vigencia del convenio precedente.

El análisis de la jurisprudencia revela que se ha inclinado por considerar que el artículo 82.4 del TRLET constituye una norma de derecho transitorio que consagra normativamente la aplicabilidad del nuevo convenio como único y exclusivo marco regulador de los derechos y obligaciones en su ámbito de aplicación, constituyendo, de esta forma, la norma a la que habrá de ajustarse la configuración y ejercicio de los derechos y obligaciones durante su vigencia con independencia del momento en que los mismos se hubiesen causado¹²¹. De esta

(RJ 1310), la STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2052) o la STS (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256).

¹²¹ Cabe señalar que, si bien en la actualidad es esa la posición que constituye jurisprudencia, excepcionalmente y de forma previa a la Ley 11/1994, el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de abril de 1986 (RJ 1899) considero que la norma de derecho transitorio a aplicar en los supuestos de sucesión convencional era aquella que determinaba la aplicabilidad de la norma

forma, la sucesión convencional determina que el nuevo convenio sea el aplicable ya no sólo en relación aquellos derechos y obligaciones que se produzcan con posterioridad al mismo, sino también respecto a las condiciones de ejercicio y efectos de aquéllos que causados anteriormente continúen perviviendo tras la entrada en vigor del nuevo convenio. La aplicabilidad del nuevo convenio colectivo como marco regulador *profuturo*, incluso de los derechos causados con anterioridad, alcanza el mayor grado de intensidad posible por cuanto que se admite ya no sólo la modificación de sus condiciones de ejercicio y efectos sino incluso, de acuerdo con el tenor literal del artículo 82.4 del TRLET, su disposición, esto es, la propia supresión del derecho¹²². El

existente en el momento de haberse causado el derecho. En el supuesto enjuiciado se debía de determinar qué convenio debía ser el aplicable en relación a la reincorporación de un trabajador en situación de excedencia, si el convenio vigente cuando se concedió la excedencia o el vigente cuando se solicita la reincorporación que solicitaba un preaviso de un mes. El Tribunal considera que *“las leyes no disponen, como regla general, más que para el porvenir, para regular las situaciones que se produzcan en lo sucesivo y sean por ellas contempladas, ya que a los hechos pasados deben aplicárseles las que regían en el momento de su realización -«tempus regit actum»-, doctrina ésta que aplicada al supuesto controvertido en el que cuando la excedencia fue solicitada y concedida no habían sido todavía publicados los convenios colectivos cuyo incumplimiento por la actora se denuncia, tanto en la instancia, como en el recurso, ni por ende existía la obligación de preaviso, conduce a la axiomática conclusión -apuntada por la recurrida en su escrito de impugnación- de que como las normas cuya aplicación se pretende han nacido con posterioridad al hecho enjuiciado éste debe regirse, por un obvio principio de seguridad jurídica, por las vigentes en el momento de la solicitud de la excedencia y no por las posteriores que introducen nuevas formalidades y requisitos, y son por ello más perjudiciales a la trabajadora demandante”*.

¹²² Seguramente el supuesto donde con mayor crudeza y mayores interrogantes jurídicos se plantea la supresión de derechos es en el terreno de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social que se configuran como complementos económicos de pensiones de jubilación o invalidez de carácter vitalicio. Incluso en un ámbito como este, en el que la permanencia en el tiempo constituye un rasgo esencial en la caracterización del derecho concedido y, por ello, de su causa y objeto, el Tribunal Supremo ha admitido que el nuevo convenio colectivo pueda suprimir los derechos ya causados en lo que a sus efectos futuros se refiere. En este terreno la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede considerarse que ha evolucionado desde posiciones más restrictivas, en lo que se refiere a la capacidad de incidencia del nuevo convenio en relación a los derechos ya causados, a posiciones más flexibles que alcanzan a la propia supresión del derecho. Así, la STS de 28 de septiembre de 1994 (RJ 7258) considera que *“lo que se rige, sin duda, por la normativa aplicable en el momento de la concesión es el derecho a la pensión inicial; pero la revisión de los complementos de pensiones se ordena por las normas que regulan dicha revisión”*, limitando pues la aplicabilidad del nuevo convenio a las revisiones de las pensiones concedidas pero no a su incidencia en el derecho en si mismo. Unas conclusiones a las que también llegaron las SSTs de 14 de julio de 1995 (RJ 6255), de 24 de julio de 1995 (RJ 6326) y de 26 de julio de 1995 (RJ 6722), todas ellas dictadas con ocasión de la modificación operada por el Convenio colectivo de Cajas de Ahorro para 1992-1994 del sistema de actualización del complemento de pensiones hasta entonces regulado por el Estatuto de los Empleados de Cajas de Ahorro. La supresión del derecho a un complemento de pensiones se admite con la importante STS (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256), dictada con voto particular de tres magistrados discrepante de la doctrina sentada por la sentencia que reconoce a las partes legitimadas para celebrar un convenio colectivo de empresa facultad para modificar peyorativamente las pensiones complementarias vitalicias pactadas en un convenio colectivo

límite en la aplicabilidad del nuevo convenio viene, de esta forma, determinado, no por la intensidad de sus efectos o *“la naturaleza o las características de los derechos afectados”*¹²³ sino por la imposibilidad de que el mismo se aplique a los efectos ya consumados o agotados durante la vigencia del convenio precedente¹²⁴.

La fundamentación jurídica de esta solución jurisprudencial se apoya en argumentos diversos. Así, partiendo de la no aplicabilidad del principio de irretroactividad¹²⁵ los argumentos se construyen en torno a la clásica distinción entre derechos adquiridos y expectativas de derechos, la aplicabilidad del principio de modernidad y la propia temporalidad del convenio como fundamento de la limitación temporal de los efectos del convenio.

Compartiendo las bases en que se asienta la solución jurisprudencial dada a esta cuestión, creemos que el reconocimiento de la capacidad del nuevo convenio para modificar e incluso anular cualquier tipo de derecho reconocido en el convenio previo se ha efectuado de una forma tan amplia que puede perturbar, en determinados casos, la necesaria dosis de seguridad jurídica que deben de existir en el tráfico normativo. Así, aunque coincidimos con el Tribunal Supremo en que el convenio constituye una norma temporal que limita sus efectos al tiempo de vigencia pactado por las partes y, en su caso al periodo de prórroga provisional previsto en el artículo 86.3 del TRLET, y que, por ello, en los supuestos de sucesión normativa, el convenio aplicable desde su entrada en vigor es el nuevo convenio, creemos que no cabe equiparar los efectos que ha de tener esa incidencia en todos los supuestos con independencia de la naturaleza de las situaciones afectadas¹²⁶. Así, aunque la regla general

anterior, y las SSTs (UD) de 18 de julio de 2003 (RJ 7299) y de 8 de abril de 2005, dictadas con ocasión de un supuesto de hecho idéntico a la primera.

¹²³ STS (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256).

¹²⁴ Y ello, como se verá, con las salvedades que se derivarían de que las partes hubiesen acordado en forma expresa una retroactividad que afectase incluso a los efectos ya consumados durante la vigencia del convenio precedente. Así, la STS de 28 de septiembre de 1994 (RJ 7258) tras admitir que el nuevo convenio resulta la norma aplicable en la determinación de la actualización a la que debían de ajustarse unos complementos de pensiones señala que *“Las revisiones causadas se rigen por las normas que estaban entonces vigentes; mientras que las futuras habrán de estar a las normas futuras que les sean de aplicación.”*; en idéntico sentido la STS de 14 de julio de 1995 (RJ 6255).

¹²⁵ STS (UD) de 12 de diciembre de 1994 (RJ 10091), STS de 26 de julio de 1995 (RJ 6722) o STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2052).

¹²⁶ Conclusión a la que parece llegar el propio Tribunal en la STS (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256) al afirmar *“La voluntad expresada del legislador es clara en cuanto ha optado por una mayor potenciación de la libertad de negociar, eliminando las trabas que pudieran condicionar la capacidad de pactar de los negociadores, a cuyo fin dispone que pierden eficacia los pactos y compromisos adquiridos en*

haya de ser la aplicabilidad del nuevo convenio¹²⁷, ha de notarse que, cuando ello se produce respecto a situaciones o derechos causados durante la vigencia del convenio precedente pero que por su propia naturaleza están llamados a perdurar más allá de ésta –bien por tener una configuración temporal determinada independiente de la vigencia de aquél o por tener una duración indefinida como elemento esencial a su propia naturaleza–, ello supone que la derogación y vigencia del nuevo convenio se produzca, a salvo de los límites que hubiesen acordado las partes, siempre con una retroactividad de grado mínimo.

Ciertamente, desde la perspectiva del principio de irretroactividad consagrado en los artículos 9.3 de la CE y 2.3 del Código Civil parecería, a la vista de la jurisprudencia constitucional, que no habría de objetarse problema alguno a dicha solución¹²⁸. Así en relación al primero de los preceptos cabe remarcar que la prohibición de retroactividad aparece limitada en el texto constitucional a las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de

convenios colectivos anteriores, sin hacer distinciones con respecto a la naturaleza o a las características de los derechos afectados, y esto es así por cuanto que el Congreso de los Diputados rechazó una enmienda al proyecto de ley formulada por un grupo parlamentario, que pretendía introducir en el número 4 del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores un inciso final del siguiente tenor: «Sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición». El rechazo de tal propuesta supone que, a la luz del texto legal, cuando los legitimados inician el proceso negociador, no están condicionados por niveles mínimos en las condiciones a pactar, como no sean los impuestos por la ley (artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores), ni resultan limitadas sus facultades de convenir, por lo que puedan disponer acerca de los pactos o acuerdos privados, aunque sean de dimensión colectiva, de fechas anteriores».

¹²⁷ Ello resulta evidente en relación a aquellos hechos que se causasen con posterioridad al inicio de la vigencia del convenio. Así, por ejemplo, la solicitud de una excedencia efectuada tras la aprobación y entrada en vigor del nuevo convenio habría de ajustarse a los requisitos establecidos en este, sin que pudiese alegarse una previa regulación más favorable en el convenio precedente. También resultaría aplicable el nuevo convenio en relación a aquellos derechos cuyo nacimiento exige un determinado periodo de carencia, aún cuando la carencia se hubiese empezado a desarrollar durante la vigencia del convenio precedente. La aplicabilidad del nuevo convenio que regulase en forma distinta dicho derecho, por ejemplo, ampliando el periodo necesario para generar un determinado complemento de antigüedad (cambio de un sistema de trienios a quinquenios) no podría ser calificada, en puridad, como un supuesto de disposición de derechos por cuanto sólo se afectaría a una expectativa de derecho que puede legítimamente ser modificada por aquellos sujetos a los que el ordenamiento jurídico reconoce legitimidad para negociar convenios. Véase en relación a la distinción entre derechos adquiridos y expectativas de derechos LUQUE PARRA, M., “La modificación o extinción unilateral de las mejoras voluntarias por parte del empresario”, RL, nº 23, 1996, pág. 35 y ss.

¹²⁸ En este sentido GALA DURÁN, C., *El régimen jurídico...*, ob.cit., pág. 251, RIVERO LAMAS, J., “Estructuras y contenidos...”, ob.cit., pág. 52 o, con matices, GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Contenido negocial...”, ob.cit., págs. 112 y ss. En favor de la aplicabilidad del principio de irretroactividad se muestran ARADILLA MARQUÉS, M. J., *La indisponibilidad del convenio...*, ob.cit., pág. 38, CORREA CARRASCO, M., *Convenios y acuerdos...*, ob.cit., pág. 116 o SALA FRANCO en “La reforma del mercado de trabajo”, pág. 241..

derechos individuales»¹²⁹. Al respecto ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional en aras a garantizar que el legislador pueda desarrollar plenamente sus competencias normativas, evitando *“una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico”*¹³⁰ ha considerado que la retroactividad vedada por el precepto es la retroactividad de grado máximo y medio, esto es, *“la incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores”*¹³¹ considerando que *“sólo puede afirmarse que la norma es retroactiva, a efectos del art. 9.3 C. E., cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, de tal modo que la incidencia en los derechos, en cuanto a su protección en el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad”*¹³²

Cabría de esta forma considerar *a priori* que la incidencia que pudiera irrogarse de la aprobación de un nuevo convenio sobre los derechos que se hubiesen causado durante la vigencia del convenio precedente en cuanto limitada a la proyección futura de los efectos de aquellas derechos, en tanto que retroactividad de grado mínimo habría de ser admisible. Debe reseñarse, no obstante, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia no permite realizar un enjuiciamiento abstracto en torno a la legitimidad de cualquier norma con eficacia retroactiva, aún cuando ésta tuviese una retroactividad en grado mínimo.

La afectación que puede suponer la retroactividad de una norma en el principio de seguridad jurídica¹³³ implica que, aún siendo legítimo que la autoridad con competencias normativas delimite el ámbito temporal de aplicación con efectos retroactivos, no se pueda *“mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución*

¹²⁹ La no aplicación del artículo 2.3 del Código Civil derivaría, a nuestro juicio, de la existencia de una norma de derecho transitorio de igual rango, posterior y más específica como es el propio artículo 82.4 del TRLET.

¹³⁰ STC 108/1986 de 29 de julio. En este sentido la STC 197/1992 de 19 noviembre indica que *“la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, consecuencias contrarias «a la concepción que fluye» del ap. 2.º del mismo art. 9”*.

¹³¹ STC 42/1986, de 10 de abril ; STC 386/1993, de 23 de diciembre o STC 83/2005 de 7 de abril.

¹³² STC 199/1990 de 10 de diciembre.

¹³³ La seguridad jurídica constituye, conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una suerte de macroprincipio que *“implica la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”* (STC 235/2000, de 5 de octubre y STC 104/2000, de 13 de abril.) pero como recalca el propio Tribunal (STC 96/2002, de 25 abril) *“sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio”*.

(STC 126/1987, fundamento jurídico 9.º), señaladamente, por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional”¹³⁴. Así, aunque el propio Alto Tribunal ha reconocido que el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en un valor absoluto que suponga una petrificación del ordenamiento jurídico existente, ha considerado que sí que supone, en materia tributaria, la protección de la *“confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad”*¹³⁵. La protección de la previsibilidad, de la confianza legítima, se erige, de esta forma, en un límite que se impone a la configuración de las normas de derecho transitorio que puedan establecerse, de forma especial, cuando ello se produce a través de la retroactividad de las normas. Ello no ha de confundirse con la prohibición de la retroactividad en cualquier caso, resultado que iría contra la prohibición de retroactividad materialmente limitada prevista en el artículo 9.3 de la CE, sino que la ponderación entre la capacidad normativa que la CE reconoce a determinados sujetos, entre ellos a la autonomía colectiva, y la seguridad jurídica de los ciudadanos deba de efectuarse de forma casuística teniendo en cuenta *“de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurran en cada supuesto”*¹³⁶.

A nuestro juicio, la transposición de dicha doctrina al ámbito de la sucesión convencional exige y justifica que la admisibilidad de la disponibilidad de los derechos reconocidos en el convenio precedente deba de efectuarse en determinados casos de forma ponderada y condicionada a la concurrencia de determinados requisitos. Así, considerando admisible que el nuevo convenio pueda disponer de derechos reconocidos durante la vigencia del convenio precedente modificando sus efectos *pro futuro*, aún en el caso de que esa modificación fuese de tal intensidad que supusiera su extinción, por cuanto nos hallaríamos claramente ante un supuesto de retroactividad impropia. Creemos que la solución exige matices cuando la disposición afecta de forma sustancial a elementos esenciales de derechos que reconocidos y causados durante la vigencia del convenio precedente se caracterizan por presentar un periodo de duración autónomo y diferenciado del que delimita la vigencia del convenio constituyendo esa duración un rasgo configurador del propio derecho. Caso,

¹³⁴ STC 173/1996, de 31 de octubre

¹³⁵ STC 150/1990, de 4 de octubre, STC 197/1992 y STC 173/1996, de 31 de octubre

¹³⁶ STC 126/1987, de 16 de julio, 150/1990, de 4 de octubre y STC 173/1996, de 31 de octubre. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...ob.cit.*, pág. 373, indica que *“toda norma retroactiva, cualquiera que sea su grado de retroactividad, lesiona la seguridad jurídica: esta lesión, no obstante, es de diversa intensidad en cada caso, de tal modo que sólo cuando revista caracteres de especial gravedad podrá llevar a la inconstitucionalidad de dicha norma”*

por ejemplo, de las excedencias o de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social referidas a prestaciones de carácter periódico como pudieran ser los complementos de carácter económico que se puedan reconocer a las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad temporal, viudedad, invalidez, desempleo o jubilación o la asistencia sanitaria¹³⁷.

En dichos supuestos, aún siendo cierto que la afectación estaría limitada a la proyección en el futuro de los efectos de dichos derechos y a una situación no agotada, no resulta menos cierto que se está afectando a una relación consagrada, a un derecho ya perfecto entre cuyos elementos constitutivos está su propia duración en el tiempo¹³⁸. La afectación que se produce en tales casos a la seguridad jurídica, en tanto que previsibilidad o confianza de los beneficiarios de aquellos derechos en continuar disfrutándolos con los caracteres que el convenio colectivo les reconoció, exigiría, de modo análogo a lo que el Tribunal Constitucional ha señalado en relación a la normativa tributaria¹³⁹, efectuar una ponderación de bienes, llevada a cabo caso por caso, teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, las circunstancias concurrentes en el caso, especialmente las razones que justifican la medida y su intensidad o grado de afectación en relación al derecho modificado.

De esta forma, a nuestro juicio, en aquellos supuestos en los que la sucesión convencional determinase la modificación de derechos con una duración autónoma y diferenciada de la del propio convenio por constituir su duración un elemento configurador del propio derecho y esa “disposición” pretendiese incidir en aspectos esenciales o en la propia pervivencia de derechos ya causados, creemos que la legitimidad de la medida, desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, sólo vendría avalada por la existencia de razones que justificasen su carácter necesario para la tutela de

¹³⁷ En relación a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social el Tribunal Supremo, en las SSTS (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256), de 18 de julio de 2003 (RJ 7299) y de 8 de abril de 2005, ha considerado que el artículo 192.2 de la LGSS, conforme al cual «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 se 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», no impide que el convenio posterior pueda suprimir tales mejoras por considerar que dicho precepto no exige que la modificación o supresión se efectúe en los términos previstos en la norma que lo crea sino por una norma de igual rango y ámbito que aquella, sin que pueda considerarse que dicho precepto instituya una “*garantía reforzada para los derechos de los pasivos, hasta el punto de bloquear tales derechos frente a la negociación colectiva futura*”.

¹³⁸ Por ejemplo, la duración de la excedencia por el periodo de tiempo que aquella se concedió o a percibir el complemento de la prestación de desempleo hasta la jubilación

¹³⁹ STC 126/1987 de 16 de julio.

otros bienes o derechos constitucionalmente tutelados. Sin pretender “bloquear tales derechos frente a la negociación colectiva futura”¹⁴⁰, creemos que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y la interpretación que se efectúe del artículo 82.4 del TRLET debe acomodarse a un principio constitucional, el de seguridad jurídica, que ha de regir todo proceso de producción normativa. Desde este punto de vista, creemos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en dicha materia debería ser más exigente en lo que a la justificación de la medida se refiere. Aun siendo un dato relevante, cabría plantearse si la mera existencia de pérdidas en una empresa justificaría por sí misma que la negociación colectiva pudiese disponer de derechos ya causados, o si, por el contrario, la afectación que se deriva para los derechos de los trabajadores afectados y el principio de seguridad jurídica exigiría una mayor cualificación en la justificación¹⁴¹. A nuestro juicio, en cualquier caso, debería ser exigible una demostración del carácter necesario de la medida, sin que fuese suficiente una mera “alusión al «cambio sustancial de las condiciones existentes en el momento en el que se acordaron los complementos de pensión a cargo de la empresa»”¹⁴² o que aquélla fuese la voluntad evidente de los sujetos negociadores¹⁴³.

Por otra parte, la acreditación de una justificación que legitimase, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la incidencia que pudiera tener el nuevo convenio colectivo sobre los derechos que, causados durante la vigencia del convenio precedente, tuviesen una duración que como rasgo constitutivo pudiese exceder la vigencia del convenio en que fueron causados constituye, a nuestro juicio, un instrumento adecuado para garantizar la legitimidad de medidas que en determinados casos afectan a sujetos que ya han dejado de ser trabajadores de la empresa¹⁴⁴. Aun cuando se ha considerado que el personal pasivo se halla representado por los sujetos que negocian y concluyen un convenio estatutario, al ostentar éstos una representación institucional, aquél carece de los mecanismos de control que el ordenamiento jurídico reconoce a

¹⁴⁰ SSTs (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256), de 18 de julio de 2003 (RJ 7299) y de 8 de abril de 2005.

¹⁴¹ Por ejemplo, acreditar que constituye una medida necesaria para la asegurar la viabilidad de la empresa, ya sea en un plano económico u organizativo, si por ejemplo, la modificación se opera en materia de excedencias. Sería posible, en cualquier caso, atender al grado de incidencia que supusiese la modificación operada por la sucesión convencional para graduar la justificación exigible.

¹⁴² SSTs (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256), de 18 de julio de 2003 (RJ 7299) y de 8 de abril de 2005.

¹⁴³ La voluntad de los sujetos negociadores de disponer de los derechos reconocidos en el convenio precedente constituye un requisito que podríamos calificar de constitutivo por cuanto resulta necesario pero no suficiente.

¹⁴⁴ Es el caso de las mejoras voluntarias en materia de invalidez permanente, viudedad, orfandad, desempleo o jubilación.

los trabajadores en activo a través de la posibilidad de participar en las elecciones a órganos de representación unitaria o de la posibilidad de revocarlos. La exigencia de acreditación de la necesidad de la modificación o supresión derivada de la sucesión convencional cuando afectase en forma sustancial a derechos ya causados de naturaleza permanente permitiría verificar la existencia de un interés real y necesario que justificase tal medida. Máxime cuando, en un contexto de negociación concesiva, los intereses de personal activo y personal pasivo no son absolutamente coincidentes al poder existir un interés por parte de los trabajadores en activo en desplazar el coste a los acreedores externos¹⁴⁵.

Por otra parte la incidencia que, respecto al principio de seguridad jurídica, pudiera tener la disposición de derechos reconocidos y causados durante la vigencia del convenio precedente, cuando afectase a derechos de este tipo, debería ser valorada atendiendo al grado de incidencia de la medida. Así, a nuestro juicio la disponibilidad sólo habría de estar vedada cuando afectase a elementos esenciales en la configuración del derecho y no a cualquier circunstancia. La acomodación entre el principio de seguridad jurídica y la dinamicidad del convenio debería inclinarse a favor de la segunda cuando la disposición afectase a elementos accesorios.

III. Alteraciones sustanciales en las condiciones de trabajo y mejoras voluntarias: En torno a la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Junto a la sucesión de convenios como mecanismo de adaptación del convenio a los cambios que pudieran producirse en la realidad fáctica y normativa en la que ha de aplicarse es preciso hacer referencia a la cuestión de si resulta viable jurídicamente a la aplicabilidad de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en aquellas hipótesis en las que produjese una alteración radical y sobrevenida de las circunstancias en las que se pacto el convenio.

Como es sabido la cláusula *rebus sic stantibus* o la alteración de la base del negocio permitiría ante alteraciones sobrevenidas e imprevisibles de las circunstancias en que se acordó un negocio jurídico revisarlo en aquellos supuestos en que dicha alteración supusiese una alteración de la economía contractual por la desproporción inusitada entre las prestaciones de las partes¹⁴⁶. La importación de dicha cláusula desde el ámbito del Derecho Civil al

¹⁴⁵ En este sentido el voto particular a la STS (UD) de 16 de julio de 2003 (RJ 7256).

¹⁴⁶ Ha de destacarse que la misma tiene una aplicabilidad muy restringida por la rigurosidad con que la jurisprudencia civil aprecia el cumplimiento de los ya de por sí limitadas circunstancias en que es posible su invocación. En este sentido la STS (Sala de lo Civil) de 23 junio 1997 (RJ 5201) advierte que “La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido, con cautela y

del Derecho del Trabajo, en general, y al del convenio colectivo, en particular, no ha resultado unívoca ni en lo que a la doctrina ni a los tribunales se refiere. Oscilando las posiciones entre aquéllos que otorgarían a la misma eficacia extintiva respecto *“aquella concreta parte del convenio colectivo directamente afectada por la alteración radical de la base de lo convenido en su día”*¹⁴⁷; a aquéllos que sin negar su aplicabilidad limitan sus efectos a la posibilidad de instar la renegociación del convenio con el objeto de operar a través del acuerdo novatorio un reequilibrio contraprestacional, configurándose, pues, como una excepción a la inexigibilidad del deber de negociar durante la vigencia del convenio¹⁴⁸; o, finalmente, la de aquéllos que niegan su aplicabilidad¹⁴⁹.

De entre los diversos argumentos que se emplean para negar la aplicación de los efectos extintivos propios de la cláusula *rebus sic stantibus* uno se sitúa en el diferente ámbito de aplicación que tendría en el caso del derecho civil, ámbito obligacional, y en el caso del convenio colectivo estatutario, ámbito normativo, negándose su aplicabilidad en el ámbito convencional por el carácter normativo que tiene el convenio colectivo estatutario¹⁵⁰. Si bien es

moderación, la aplicabilidad de la referida cláusula, manteniéndose exigente en la necesidad de la concurrencia de los requisitos que propician su aplicación -con especial referencia a la imprevisibilidad-, los que deben de acreditarse en forma racionalmente contundente y decisiva, pues se ha de rechazar cuando se hace abstracta e imprecisa alegación de la cláusula de referencia”. El carácter restrictivo se fundamenta en la alteración que ello puede suponer para el principio «pacta sunt servanda» y el principio de seguridad jurídica (STS (Sala de lo Civil) de 6 noviembre de 1992, RJ 9226).

¹⁴⁷ ARUFE VARELA, A., *La denuncia del convenio colectivo*, Ed. Civitas, Madrid 2000, pág.55 y ss y LÓPEZ ALVAREZ, M.J., “Alteración de lo pactado en convenio colectivo en aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»”, ejemplar digital en westlaw.es. En el caso de la jurisprudencia aceptan esta eficacia extintiva la STS de 4 de julio de 1994 (RJ 7043); STS (UD) de 14 de julio de 1994 (RJ 6664); STS de 27 de febrero de 1995 (RJ 1257); STS de 26 de abril de 1995 (RJ 3736); STS de 8 de abril de 1998 (RJ 2692); STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2003 (AS 2780).

¹⁴⁸ Sería este el caso de BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “La supresión o modificación de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, REDT, nº 96, 1999, pág. 532 y ss. También parecería ser ésta la posición sostenida en la STC 210/1990, de 20 de diciembre, al establecer que *“este Tribunal ha dicho que 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 rebus sic stantibus [STC 11/1981 fundamento jurídico 14]. En consecuencia, 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, pero en ningún caso pretender, con amparo en el art. 37.1 C. E., la postergación de la plena efectividad de la norma legal, contrariando así lo en ella decidido respecto a su aplicación en el tiempo”*. Sin que, no obstante, tampoco pueda inferirse de la misma la negación de cualquier efecto extintivo.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La vigencia del convenio colectivo estatutario (En torno al artículo 86)”, REDT nº 100, marzo-agosto 2000, pág. 1505.

¹⁵⁰ BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “La supresión o modificación...”, ob.cit., pág. 534 y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La vigencia...”, ob.cit., pág. 1505.

cierto que dicha cláusula nace en el ámbito del negocio jurídico, de las obligaciones contractuales, creemos que no cabe obviar que su fundamento no se residencia en la eficacia jurídica sino en la alteración exorbitante que se produce en el equilibrio contractual que subyace en el contrato. Un equilibrio de prestaciones y contraprestaciones que también existe en el convenio como consecuencia de su origen contractual y que por ello no debería erigirse en un límite a su eventual aplicabilidad.

El segundo argumento empleado en relación a esta cuestión radicaría en la existencia en el seno del ordenamiento jurídico laboral de mecanismos específicos que permitirían la readaptación del contenido convencional¹⁵¹. Así, la existencia de mecanismos específicamente laborales dispuestos para permitir una adecuación del contenido convencional a los cambios de circunstancias –ya sea a través de la renegociación *ante tempus* del convenio o señaladamente de los mecanismos de “descuelgue” de los artículos 41 y 82.3 del TRLET– harían ya no sólo innecesaria la supletoriedad del Derecho Civil, por no existir laguna que colmar, sino que tal supletoriedad pudiera suponer la elusión del sistema normativo convencional.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, STS de 26 abril 2007 (RJ 3771), aunque dictada en el ámbito de las cláusulas de empleo, parece descartar de modo definitivo la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la negociación colectiva. El Tribunal tras destacar el carácter marcadamente excepcional que presenta la posible aplicación de dicha cláusula destaca las dificultades que plantea su aplicación en el ámbito del Derecho del Trabajo y, de modo especialmente singular, en el caso del convenio colectivo, hasta el punto de establecer que *“la teoría [«rebus sic stantibus»] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredicable de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa «ex» art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula «rebus sic stantibus» habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (así, la STS 19/03/01 -rcud 1573/00 [RJ] 2001, 4104)”. Remarcar, no obstante, que el Tribunal parece no querer cerrar la puerta a la aplicación de la versión más restrictiva de la teoría de la alteración de la base del negocio en aquellas hipótesis de desaparición del presupuesto o base del negocio al recordar el supuesto en el que se tuvo que analizar la incidencia de la modificación operada en la normativa de la Incapacidad*

¹⁵¹ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “La vigencia...”, ob.cit., pág. 1505 y 1506.

Laboral Transitoria desplazando al empresario el abono del subsidio de los días cuarto a decimoquinto (STS de 4 de julio de 1994, RJ 7043).

IV. Mejoras voluntarias y sucesión de empresas.

A. Planteamiento general.

Uno de los temas que resultan de obligado análisis en cualquier estudio que como el presente trate sobre negociación colectiva y mejoras voluntarias es la incidencia que la sucesión de empresas tiene sobre aquéllas que eventualmente se prevean en el convenio colectivo aplicable a la empresa cedente, tanto por su interés objetivo como por la conflictividad que en la práctica ha generado. Como es bien sabido la normativa española sobre la materia, contenida en el artículo 44 del TRLET, se halla fuertemente condicionada por el derecho comunitario, concretamente 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, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad (en adelante DTE). Ambos ordenamientos fundamentan su regulación entorno a un mismo eje: 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 preexistentes. Lo que interesa pues, a nuestros efectos, es determinar en qué medida las mejoras voluntarias colectivamente establecidas se benefician de esta garantía subrogatoria; una cuestión que como se comprobará inmediatamente no resulta nada fácil, tanto por las matizaciones que se introducen en tal garantía, como por la singularidad de la figura objeto de estudio.

Teniendo en cuenta la complejidad que se acaba de apuntar y para encuadrar adecuadamente las reglas establecidas en nuestro ordenamiento interno, empezaremos analizando la normativa comunitaria pasando posteriormente al estudio del artículo 44 del TRLET, particularmente sus apartados 1 y 4, con el objetivo de responder con la máxima claridad y precisión a aquella cuestión.

Antes de empezar conviene precisar que nuestro análisis se centrará en los trabajadores afectados por la sucesión, esto es, los que pasan a la empresa cesionaria. La transmisión no repercute, en principio, sobre las eventuales mejoras voluntarias que tengan reconocidas otros sujetos en base al convenio colectivo aplicable a la empresa cedente, aunque se refuerza su efectivo respeto en virtud del artículo 44.3 del TRLET, donde se establece que en las

transmisiones derivadas de actos ínter vivos el cedente y el cesionario “responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”. Esta regla, comúnmente denominada “garantía de responsabilidad solidaria”, es una manifestación de la posibilidad contemplada en el artículo 3.1.2º de la DTE¹⁵² y facilita a todos los trabajadores de la empresa cedente, tanto los cedidos como los no cedidos, e incluso a los ex trabajadores, la percepción de las mejoras voluntarias generadas antes de la transmisión¹⁵³, protegiéndolos ante eventuales actuaciones fraudulentas. Así por ejemplo, un jubilado que no hubiese percibido el complemento de pensión previsto en el convenio colectivo aplicable durante los dos meses previos a la transmisión podría reclamarlo tanto al cedente como al cesionario, admitiéndose la acción de repetición en caso de que sea este último el que haga efectivo el pago¹⁵⁴.

¹⁵² Dicho precepto establece que “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”.

¹⁵³ Nótese que la responsabilidad se extiende a todas las obligaciones que sean “laborales” y “nacidas con anterioridad a la transmisión”. No existe ninguna indicación en cuanto a la titularidad y, por tanto, no caben restricciones en este punto, debiendo incluirse todas las hipótesis indicadas en texto. Idéntica opinión mantiene la doctrina (véase, por todos, DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 58, p. 239) y el Tribunal Supremo, que en diversas ocasiones ha afirmado que la responsabilidad solidaria abarca las deudas indemnizatorias derivadas de despidos producidos antes de consumarse la transmisión (véanse la STS de 4 de octubre de 2003 (RJ 2003/7378), la STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/6108) y la STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/6919). Por lo que refiere al carácter laboral de las obligaciones, entendemos que no cabe una interpretación restrictiva y que deben incluirse no solo las derivadas directamente del contrato de trabajo sino también las de Seguridad Social y las contraídas en materia de protección social complementaria. Ésta es la interpretación más acorde con la finalidad que persigue la garantía de responsabilidad solidaria -la protección ante actuaciones fraudulentas- y la más coherente con el alcance que el artículo 44.1 del TRLET otorga a la garantía subrogatoria.

¹⁵⁴ La posibilidad de que el cesionario reclame las cantidades satisfechas al efectivo deudor ha sido admitida tanto por la doctrina (véase, por todos, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: “Comentario al artículo 44” en AA.VV. *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2005, p. 772), como por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos, entre los que destacan la STS de 4 de octubre de 2003 (RJ 2003/7378), la STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/6108) y la STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/6919). El Fundamento Jurídico 3º del primero de estos pronunciamientos, reiterando lo señalado anteriormente en los restantes, afirma que “la responsabilidad solidaria de que aquí se trata no significa que el sucesor deba responder por unas deudas ajenas sin más, sino que responderá sin perjuicio de poder reclamarlas del verdadero deudor, constituyendo tal previsión de solidaridad una garantía de seguridad jurídica tanto a favor de los trabajadores frente a posibles transmisiones fraudulentas llevadas a cabo en su perjuicio y en ocasiones sin su consentimiento como a favor de los empresarios responsables si se tiene en cuenta que esta responsabilidad además de solidaria no es ilimitada en el tiempo, sino que sólo se mantiene viva durante tres años a contar de la transmisión”.

B. La cuestión en el Derecho comunitario

El artículo 3 de la DTE establece en sus apartados 1 y 3 la subrogación del empresario cedente en todos los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales existentes en la fecha del traspaso y el mantenimiento, con carácter transitorio, de las condiciones de trabajo colectivamente pactadas, respectivamente. Posteriormente el apartado 4 del mismo artículo precisa en su apartado a) que *“salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros”*, añadiendo posteriormente en el apartado b) que cuando no se establezca tal disposición se *“adoptarán, no obstante, las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que han dejado el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que refiere a los derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes con arreglo a los regímenes complementarios contemplados en la letra a)”*.

La conclusión que cabe extraer de este conjunto de reglas es que el ordenamiento jurídico comunitario no fuerza a incluir los derechos y obligaciones relativos a mejoras voluntarias entre los que necesariamente debe asumir el cesionario, al menos los correspondientes a pensiones¹⁵⁵. Los Estados miembros son libres de tomar la decisión que consideren más oportuna al respecto, estableciéndose una regla de carácter supletorio que deja fuera de la garantía subrogatoria esos derechos y obligaciones, sea cual sea su origen. En los casos donde las mejoras voluntarias se hayan establecido a través de convenio colectivo ese esquema se refuerza excluyendo el mantenimiento de las cláusulas correspondientes una vez consumada la transmisión. Ahora bien, sea cual sea la decisión que se tome sobre la extensión de la garantía subrogatoria a

¹⁵⁵ La matización corresponde a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El mantenimiento...”, op. cit., p. 669. Dicho autor argumenta que la referencia expresa a las pensiones de la norma comunitaria *“implica a contrario sensu que otras prestaciones complementarias de protección social se encontrarían sometidas a las exigencias de la Directiva”*. Idéntica opinión mantiene MORALA GÓMEZ, A., “La nueva regulación de la sucesión de empresa”, *Actualidad Laboral*, número 10, 2002, p. 196.

Esta opinión ha sido avalada por dos pronunciamientos del TJCE, concretamente la STJCE de 4 de junio de 2002 (asunto C-164/2000) y la STJCE de 6 de noviembre de 2003 (asunto C-4/2001), donde se afirma que *“las prestaciones por jubilación anticipada y las destinadas a mejorar las condiciones de dicha jubilación (...) no constituyen prestaciones de jubilación, de invalidez o de supervivencia con arreglo a regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales contempladas en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 77/1987”*, lo cual implica que quedan incluidos en la garantía subrogatoria y que el cesionario queda obligado a asumir las obligaciones que el cedente hubiese adquirido al respecto.

los derechos derivados de esos “*regímenes complementarios*” se requiere expresamente la adopción de unas medidas mínimas, que no se precisan, para proteger una parte de esos derechos. Se trata concretamente de los derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de jubilación y supervivencia de los trabajadores y ex trabajadores de la cedente, respecto a los que se establece “*un mandato dotado de sustantividad propia y autónoma*” que fuerza a articular mecanismos que garanticen “*un disfrute continuo, pacífico y efectivo*” de tales prestaciones¹⁵⁶.

El precedente inmediato de la DTE, la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, adoptaba esencialmente este mismo esquema con alguna pequeña diferencia. La más significativa es, sin duda, el carácter constitutivo que tenía la regla de inaplicación de la garantía subrogatoria a los derechos derivados de los regímenes complementarios de previsión; inaplicación que se declaraba en el primer párrafo de su artículo 3 sin contemplar ninguna posibilidad de excepción. Tal circunstancia no impedía, no obstante, una eventual mejora por parte los ordenamientos internos debido al carácter de norma mínima que la propia norma se atribuía en su artículo 7¹⁵⁷.

C. La cuestión en el Derecho interno.

1. La inclusión de las mejoras voluntarias en la garantía subrogatoria.

Con anterioridad a la aprobación de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento

¹⁵⁶ Así lo señala VALDÉS DAL-RE, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 106-109. Son varios los argumentos que llevan a defender la autonomía del mandato fijado en el artículo 4.b) de la DTE y su operatividad incluso en los supuestos donde se haya extendido la garantía subrogatoria prevista en el artículo 4.a) de la misma norma. En primer lugar, el diferente alcance objetivo y subjetivo de ambos preceptos. En segundo lugar, los términos en que se presenta el mandato, particularmente la referencia “*aun cuando los Estados miembros no establezcan, de conformidad con la letra a), que los apartados 1 y 3 sean aplicables a tales derechos, adoptarán, no obstante las medidas (...)*”. Finalmente, la finalidad perseguida por la norma comunitaria en esta materia, que no es otra que garantizar la intangibilidad de los derechos referidos en texto; una intangibilidad que no queda automáticamente garantizada con la extensión de la garantía subrogatoria.

¹⁵⁷ Así lo advierte MELLA MÉNDEZ, L., “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresas: excepciones. Comentario de la STJCE de 4 junio de 2002”, *Aranzadi Social*, número 12, 2001, op. cit., p. 4.

del empleo y la mejora de su calidad, que modificó en profundidad el artículo 44 del TRLET, el apartado 1 de dicho precepto señalaba que en supuestos de sucesión de empresa el “nuevo empresario” quedaba “subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior”. La mayoría de la doctrina judicial optaba en ese momento por interpretar de forma extensiva el adjetivo “laborales”, incluyendo en la garantía subrogatoria las mejoras voluntarias¹⁵⁸.

Tras la referida reforma el artículo 44.1 del TRLET dedica mayor atención a la delimitación de los derechos y obligaciones cubiertos por la garantía subrogatoria y señala que esta incluye “los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos por pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente”.

Las valoraciones que la doctrina ha efectuado sobre la trascendencia de esta especificación son de los más diversos. Algunos autores consideran que se trata de una de las “novedades más destacadas” de la reforma de la transmisión de empresa porque hasta ese momento “las decisiones judiciales habían resultado poco claras y, en ocasiones, contradictorias”¹⁵⁹. Otros, por el contrario, consideran que nos hallamos ante “una novedad más aparente que real”¹⁶⁰ y que la inclusión de

¹⁵⁸ Así lo destaca GALA DURÁN, C., *El régimen jurídico...*, ob. cit., p. 270. Una de los pronunciamientos que pone de manifiesto esa opción a favor de una interpretación extensiva es la STSJ de Madrid de 7 de octubre de 1996 (AS 1996/312), donde se discute el mantenimiento de un complemento a la pensión por jubilación reconocido a los trabajadores de “Aluminio de Galicia, S.A.” (ALUGASA) que primero pasan a “Industria Española del Aluminio, S.A.” (INESPAL) y posteriormente a “Dowbrans Española, S.A.”. En el Fundamento Jurídico 2º de dicha sentencia se afirma la responsabilidad de esta última empresa en el pago del referido complemento argumentando que “al integrarse los demandantes en la plantilla de esta empresa, como consecuencia de la transmisión operada entre INESPAL y “Dowbrans Española, S.A.”, y conservar todos los derechos, la empresa cesionaria, como sucesora de la cedente y de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, deviene responsable de las obligaciones contraídas por INESPAL en materia de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cual es el subsidio reclamado”. En otros pronunciamientos la obligación del cesionario de asumir los compromisos relativos a mejoras voluntarias se da por supuesta, aunque no se afirme directamente ni se especifique su fundamento. Es el caso de la STSJ de Valencia de 7 de octubre de 1997 (AS 1997/3189) y la STSJ del País Vasco de 6 de abril de 1995 (As 1995/1405).

¹⁵⁹ DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico...”, op. cit., p. 239. Una opinión similar mantienen CRUZ VILLALÓN, J.; RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.; y GÓMEZ GORDILLO, R.: *Estatuto de los trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 556.

¹⁶⁰ Así lo manifiesta RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El mantenimiento...”, op. cit., p. 670. En la misma línea se posiciona MORALA GÓMEZ, A., “La nueva regulación...”, ob. cit., pp. 195-196 y MELLA MÉNDEZ, L., “Mantenimiento de los derechos...”, ob. cit., p. 5.

una mención expresa a los “compromisos por pensiones” resulta “redundante, puesto que los mismos ya habrían de considerarse como obligaciones laborales”¹⁶¹.

Con independencia de la mayor o menor novedad que, desde una perspectiva material o práctica, implicase la reforma operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, lo cierto es que a partir de ese momento resulta incuestionable que los derechos y obligaciones relativos a mejoras voluntarias quedan incluidos en la garantía subrogatoria y, por tanto, deben ser asumidos por el empresario cesionario, sea cual sea la vía a través de la cual se hayan establecido¹⁶². La utilización de una expresión tan amplia como “protección social complementaria” permite incluir la figura que centraliza el presente estudio y también otras prestaciones dirigidas a colectivos no protegidos por el sistema de Seguridad Social o pensadas para proteger frente a contingencias no cubiertas por éste; prestaciones que a nuestro entender y por las razones expuestas en el Capítulo I, no constituyen mejoras voluntarias. Se introduce, además, una referencia expresa a un tipo de mejoras voluntarias: las relativas a pensiones; circunstancia que probablemente se explica por su importancia y singularidad.

Ahora bien, que las mejoras voluntarias se mantengan tras la sucesión y que el empresario cesionario deba asumir los compromisos que sobre el particular adquirió el cedente no implica que estas queden “petrificadas”. Como ha destacado la doctrina, la regulación sobre el fenómeno sucesorio “no impone un plus de estabilidad y un reforzamiento de los derechos adquiridos a consecuencia de la transmisión, sino que sólo trata de neutralizar esa transmisión evitando que perjudique a los trabajadores y sus derechos, pero manteniendo en su integridad los márgenes de decisión del empleador, tanto del cedente como del cesionario”¹⁶³. Aunque tal reflexión se efectúa respecto a las condiciones de trabajo es perfectamente trasladable a las mejoras voluntarias, y cuando éstas se han establecido a través de un instrumento colectivo resulta obligado analizar en qué medida puede verse modificado este instrumento como consecuencia de la transmisión. La cuestión se aborda en el artículo 44.4 del TRLET, un precepto extremadamente complejo que debe ser analizado con detenimiento.

¹⁶¹ Esta es la opinión de GONZÁLEZ BIEDMA, E.: “Comentario al artículo 44...”, op. cit., p. 770.

¹⁶² Así lo ha entendido unánimemente nuestros tribunales, como ponen de manifiesto la STSJ de Cantabria de 15 de mayo de 2006 (AS 2006/1711), la STSJ de Asturias de 23 de marzo de 2007 (JUR 2007/213982) o la STSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de mayo de 2004 (AS 2004/3915), entre otras muchas.

¹⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El mantenimiento...”, op. cit., p. 669.

2. El mantenimiento transitorio de las mejoras voluntarias colectivamente pactadas.

2.1. Configuración y significado.

El artículo 44.4 del TRLET señala que *“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”*, precisando a continuación que *“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 en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma”*, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de alcanzar un *“pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores”*. Este conjunto de reglas, claramente inspirado en el artículo 3.3 de la DTE, viene a establecer una *“garantía de indemnidad transitoria”* respecto a las condiciones de trabajo de origen convencional¹⁶⁴; una garantía que proyectada sobre la hipótesis que nos ocupa implica que las mejoras voluntarias que los trabajadores afectados por la sucesión tengan reconocidas en virtud de convenio colectivo sólo se mantendrán provisionalmente una vez consumada aquélla, porque la fuente que las establece tiene una vida limitada.

Así pues, para concretar hasta qué momento queda garantizada la conservación de las mejoras voluntarias preexistentes de origen convencional resulta obligado analizar con detenimiento las dos circunstancias que pueden determinar alternativamente la inaplicación de la fuente que las establece y también la eventual incidencia del *“pacto en contrario”* al que alude la norma estatutaria, tarea que abordaremos en los apartados que siguen con la máxima rigurosidad aunque, lógicamente, sin la profundidad y extensión que tendría el presente estudio si se centrara exclusivamente en el artículo 44.4 del TRLET.

Existe, no obstante, una cuestión previa que conviene plantear y resolver en este momento: el alcance objetivo de las reglas previstas en ese precepto estatutario y, más concretamente, su eventual aplicación a otros instrumentos colectivos. No se trata de una cuestión baladí porque, como ya señalamos, en la práctica a menudo se establecen mejoras voluntarias a través de instrumentos distintos al convenio colectivo estatutario, particularmente a través de los acuerdos alcanzados durante los periodos de consulta previstos en los artículos 47 y 51 del TRLET o, con carácter general, en procesos de reorganización empresarial, donde es habitual que la parte empresarial se comprometa a

¹⁶⁴ Así lo ha destacado VALDÉS DAL-RE, F., *“Las garantías colectivas en la transmisión de empresa”*, *Relaciones laborales*, números 11 y 12, 2002, p. 683.

complementar las prestaciones por jubilación y/o desempleo. Aunque el artículo 44.4 del TRLET se refiera literalmente al “*convenio colectivo*” creemos que tal expresión debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo no sólo el convenio colectivo estatutario sino también el extraestatutario, los acuerdos referidos en el artículo 83 de esa misma norma y los acuerdos de empresa¹⁶⁵. La necesidad de establecer un criterio para determinar si se mantienen o no estos otros instrumentos colectivos, el carácter de “*derecho común de la negociación colectiva*” que en nuestro ordenamiento tienen las reglas previstas para el convenio colectivo estatutario y el uso habitual de la expresión “*convenio colectivo*” para referirse al conjunto de productos de la negociación colectiva son, a nuestro entender, argumentos suficientes para fundamentar la anterior afirmación.

2.2. Circunstancias que pueden determinar la inaplicación del convenio colectivo de origen.

La primera circunstancia que puede determinar la inaplicación del convenio colectivo de origen y la consiguiente pérdida de las mejoras voluntarias en él establecidas es la “*expiración*” de dicho instrumento colectivo. La doctrina ha puesto de manifiesto las dificultades interpretativas que plantea el término entrecomillado, que el legislador español toma directamente del artículo 3.2 de la DTE¹⁶⁶, apuntando diferentes posibilidades al respecto. Algunos autores consideran que la expiración coincide con la finalización de la vigencia, que como es bien sabido exige la llegada del término final previsto por las partes contratantes y la previa denuncia por un sujeto legitimado y conforme al procedimiento establecido¹⁶⁷, mientras que otros la identifican con la pérdida de eficacia, lo cual les lleva a defender la aplicación del convenio colectivo de origen incluso en la fase de ultraactividad, tras la finalización de la vigencia¹⁶⁸.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el particular, antes y después de la reforma operada por Ley 12/2001, de 9 de julio, en supuestos donde se discutía la aplicación tras la sucesión de convenios colectivos que se encontraban en fase de ultraactividad

¹⁶⁵ En esta misma línea se posicionan DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico...”, op. cit., p. 244, aunque limitan el juego del artículo 44.4 del TRLET a los instrumentos colectivos que dispongan de eficacia normativa.

¹⁶⁶ Dicho precepto se refiere a “*la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo*”.

¹⁶⁷ Es la posición que mantienen DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico...”, op. cit., p. 245.

¹⁶⁸ En este grupo se sitúa VALDÉS DAL-RE, F., “Las garantías colectivas...”, ob. cit., p. 684.

en el momento de consumarse la misma. El criterio adoptado, que coincide en todos los casos y por tanto constituye jurisprudencia consolidada, se expone con toda claridad en el Fundamento Jurídico 5º de la STS de 18 de septiembre de 2006 (RJ 2006/7421), donde se afirma que *“el convenio colectivo en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro convenio aplicable a la empresa”*, añadiéndose posteriormente que la reforma anteriormente referida ha venido a *“recoger”* y *“reforzar”* este posicionamiento¹⁶⁹. Queda claro, pues, que el Tribunal Supremo se inclina por la segunda de las opciones interpretativas que apuntamos en el párrafo anterior e identifica la expiración con la pérdida de eficacia, lo cual implica que la primera de las alternativas contempladas en el artículo 44.4.2º del TRLET tendrá escasa trascendencia en la práctica¹⁷⁰ y que será la segunda la que ordinariamente determine la inaplicación del convenio colectivo de origen, con la consecuente pérdida de las mejoras voluntarias que en él se contemplen, a salvo de lo que pueda establecerse por acuerdo de empresa.

La segunda circunstancia que puede comportar la inaplicación del convenio colectivo de origen una vez consumada la sucesión es, conforme señala el artículo 44.4.2º del TRLET, *“la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”*. También en este caso el legislador español toma como referencia el artículo 3.3.1º de la DTE¹⁷¹, pero introduce algunos retoques para adaptar la regla al ordenamiento jurídico español, circunstancia que facilita enormemente su correcta comprensión. El hecho que determina la terminación de la aplicación del convenio colectivo de

¹⁶⁹ Idéntico criterio se aplica en la STS de 22 de marzo de 20002 (RJ 2002/5994), STS de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002/10682) y la STS de 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7450).

¹⁷⁰ De acuerdo con la interpretación mantenida por la jurisprudencia, se produciría la terminación de la aplicación del convenio colectivo de origen por expiración cuando entre en vigor de un nuevo convenio colectivo que lo suceda en la misma unidad de negociación, circunstancia que, conforme al artículo 86.3 del TRLET, determina el fin de la ultraactividad. Sería el caso, por ejemplo, de una renovación de convenios colectivos sectoriales o de la renovación de un convenio colectivo de empresa cuando la entidad económica transmitida fuese uno de sus centros de trabajo. Otra hipótesis, bastante más excepcional, de expiración del convenio colectivo de origen podría ser su íntegra anulación judicial. En resumidas cuentas, la posición del Tribunal Supremo hace que la expiración del convenio colectivo de origen sea en la práctica un supuesto poco habitual pero no imposible. Por ello discrepamos con aquellos autores que consideran que *“de entenderse que la fecha de expiración del convenio colectivo coincide con la terminación de su eficacia, convertiría la regla alternativa contemplada en el precepto estatutario en una sola: la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo contrariando la regla alternativa legalmente prevista”* (DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: *“El régimen jurídico...”*, op. cit., p. 245).

¹⁷¹ Dicho precepto se refiere, en términos más ambiguos y genéricos que su homólogo estatutario, a la fecha *“de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”*.

origen es, según se extrae de la regla transcrita, el inicio de la vigencia de un nuevo convenio colectivo aplicable a la entidad económica transmitida incorporada a la organización productiva del cesionario. Es indiferente cual sea el ámbito de este instrumento colectivo -supraempresarial, empresarial o infraempresarial- pero sí se requiere que sea “nuevo” y por tanto no sirve a tal efecto la prórroga automática por falta de denuncia ni tampoco, evidentemente, el inicio de la fase de ultraactividad¹⁷².

Como ha destacado la doctrina “*el nuevo convenio colectivo se convierte, a efectos legales, en el convenio sucesor, por lo que a las relaciones laborales entre ambos convenios (el de origen y el nuevo), cuando sean estatutarios, les serán de aplicación con todas sus consecuencias, las reglas establecidas en los artículos 82.4 y 86.4 ET*”¹⁷³. Ello, proyectado sobre la hipótesis que nos ocupa, implica que el nuevo convenio colectivo no queda vinculado por lo establecido en el convenio colectivo de origen y, por tanto, que no debe mantener las mejoras voluntarias establecidas en este último, lo cual no implica, evidentemente, que tales mejoras no puedan tenerse en cuenta al negociar aquel otro instrumento para articular una convergencia no traumática, ni tampoco que los trabajadores afectados por la transmisión resulten siempre perjudicados por el cambio de marco convencional en lo que a protección social complementaria se refiere, puesto que es perfectamente posible que el nuevo convenio colectivo efectúe en este punto una regulación más favorable que el de origen.

2.3. Posible incidencia del acuerdo de empresa.

El artículo 44.4 del TRLET configura el mantenimiento transitorio del convenio colectivo de origen como una regla de carácter dispositivo por cuando se permite la suscripción de un “*pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los*

¹⁷² Algunos autores van todavía más allá y afirman que “*debe tratarse de un convenio colectivo negociado y pactado tras la sucesión*” (DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico...”, op. cit., p. 247). No compartimos esta opinión porque lo que se exige es tan solo que la entrada en vigor sea posterior a la consumación de la sucesión y tal circunstancia depende, como se defendió en otro momento, del registro y depósito del convenio colectivo (PASTOR MARTÍNEZ, A., “Comentario al artículo 90”, en AA.VV. *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 1361-1362) o en opinión de la jurisprudencia y doctrina judicial mayoritaria, de su publicación, lo cual fuerza a admitir que la negociación e incluso la firma del nuevo convenio colectivo se produzca de forma previo o simultáneo a la transmisión. Consideramos que esta es la interpretación más acorde con la opción adoptada por el legislador estatutario, que en su momento decidió utilizar una expresión tan precisa y técnica como “*entrada en vigor*” rechazando otra bastante más ambigua, como es *fecha de aplicación*”, que sí figura en el artículo 3.3 de la DTE.

¹⁷³ VALDÉS DAL-RE, F., *Las garantías colectivas...*, ob. cit., p. 684.

trabajadores". Se trata de una posibilidad singular, que no se halla prevista en la DTE y que probablemente traiga causa en los denominados "*preacuerdos o protocolos de fusión*"¹⁷⁴, bastante habituales en la práctica y admitidos por nuestra jurisprudencia antes de la Ley 12/2001, de 9 de julio, aunque las diferencias entre tales pactos y el acuerdo referido en aquel precepto estatutario son significativas.

Uno de los aspectos más polémicos respecto al acuerdo previsto en el artículo 44.4 del TRLET, esencial para el presente estudio, es determinar su posible contenido. Partiendo de la referencia "*pacto en contrario*" podría pensarse que sólo cabe avanzar la inaplicación del convenio colectivo de origen a los trabajadores afectados para pasar a aplicarles el marco convencional que rija en la empresa cesionaria o, dicho en otras palabras, reducir e incluso eliminar el período transitorio de mantenimiento de las condiciones de trabajo colectivamente pactadas que deriva del juego conjunto de las reglas establecidas en los dos apartados de aquel precepto estatutario¹⁷⁵, pero también podría entenderse que este acuerdo de empresa dispone de un mayor margen de maniobra, pudiendo entrar a regular los derechos y obligaciones de los trabajadores afectados¹⁷⁶.

A nuestro modo de ver la primera de las opciones apuntadas es la más correcta, tanto por razones de interpretación literal (lo contrario de continuar aplicando es dejar de aplicar y no otra cosa distinta) como por la naturaleza y características de los acuerdos de empresa, género al que sin duda pertenece el pacto previsto en el artículo 44.4 del TRLET y que, a diferencia de los convenios colectivos, no están previstos para la regulación general de las condiciones de trabajo¹⁷⁷. Así pues a través de acuerdo de empresa puede avanzarse la

¹⁷⁴ Así lo apunta MELLA MÉNDEZ, L., "El nuevo artículo 44, número 4, del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 111, 2002, p. 370.

¹⁷⁵ Esta es la posición que mantienen DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: "El régimen jurídico...", op. cit., p. 252; GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable", *Relaciones Laborales*, número 13, 2003, pp. 124-125.

¹⁷⁶ Cabría todavía una tercera posibilidad: que el acuerdo se limitase a establecer la no aplicación de la regla general que determina el mantenimiento del convenio colectivo de origen sin más indicaciones; una posibilidad que la doctrina descarta de entrada por "*ilógica*" y "*absurda*". Estos son los calificativos que le dedican GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Transmisión de empresa...", ob. cit., p. 124 y MELLA MÉNDEZ, L., "El nuevo artículo 44...", ob. cit., p. 374.

¹⁷⁷ En esta misma línea argumenta GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Transmisión de empresa...", ob. cit., p. 126, quien destaca que "*permitir que por acuerdo de empresa se regulasen las condiciones de trabajo de los transferidos supondría usurpar el papel que corresponde al convenio colectivo, que es la figura de la negociación colectiva laboral que tiene como objetivo el establecimiento del conjunto de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral*".

inaplicación del convenio colectivo de origen y, en lo que aquí interesa, la pérdida de las mejoras voluntarias en él establecidas, que en caso contrario se mantendrían hasta la expiración de aquél o la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la entidad económica transmitida. Aunque esta afirmación es, en términos generales válida, conviene precisarla en un triple sentido.

En primer lugar, interesa destacar que el marco convencional que rige en la empresa cesionaria, cuya aplicación avanza el acuerdo de empresa, deberá ser globalmente más favorable que el derivado del convenio colectivo de origen para que dicho acuerdo sea válido, porque de lo contrario la posibilidad de excepcionar la regla general de mantenimiento de las condiciones de trabajo colectivamente pactadas no podría ampararse en el artículo 8 de la DTE, que prevé la suscripción de *“acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales más favorables para los trabajadores”*, generándose un importante desajuste entre la norma interna y la comunitaria¹⁷⁸.

En segundo lugar, conviene tener presente que a través del acuerdo de empresa referido en el artículo 44.4 del TRLET también puede extenderse la aplicación del convenio colectivo de origen más allá de los términos legalmente previstos. Aunque tal posibilidad no ha sido contemplada por la doctrina, consideramos que puede incluirse sin dificultades en la expresión *“pacto en contrario”*¹⁷⁹ y que, además, es respetuosa con la finalidad perseguida por aquel instrumento, diseñado para poder ajustar la duración del proceso de homologación de las condiciones colectivamente pactadas a las necesidades del caso concreto¹⁸⁰. No obstante, por las mismas razones expuestas en el párrafo

¹⁷⁸ En esta misma línea se manifiestan DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico...”, op. cit., p. 252.

En contra parece posicionarse GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Transmisión de empresa...”, ob. cit., p. 125, quien afirma que el acuerdo de empresa anticipatorio de la aplicación del marco convencional de la empresa cesionaria *“se producirá fundamentalmente cuando los trabajadores estimen que el convenio colectivo de la cesionaria es más favorable, en cuyo caso podrán iniciar la negociación que conduzca a la homogeneización de las condiciones de trabajo a través del acuerdo de empresa”*, sin convertir esta mayor favorabilidad en una condición de validez.

¹⁷⁹ Como se ha puesto de manifiesto, la regla general no es sólo el mantenimiento del convenio colectivo de origen, sino el mantenimiento transitorio hasta la concurrencia de determinadas circunstancias y, por tanto, se está excepcionando esta regla no sólo cuando se excluye tal mantenimiento sino también cuando se lleva más allá de lo inicialmente previsto.

¹⁸⁰ En determinados supuestos puede resultar oportuno ralentizar el proceso de homologación para minimizar los perjuicios que el cambio de marco convencional genera a los trabajadores afectados, dejando margen para que se adopten medidas compensatorias que garanticen una transición no traumática.

anterior, la extensión a la que nos referimos sólo será posible cuando el convenio de origen sea más favorable que el de destino.

En tercer y último lugar, conviene señalar que es perfectamente posible que el acuerdo de empresa establezca soluciones distintas para cada materia o bloque de materias señalando, por ejemplo que las mejoras voluntarias se mantengan hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo y que en los restantes aspectos se aplique inmediatamente el marco convencional que rija en la empresa cesionaria¹⁸¹. Podría articularse, de esta manera, una transición paulatina, ajustada a las concretas necesidades de cada cuestión.

El acuerdo de empresa previsto en el artículo 44.4 del TRLET plantea, al margen del contenido, otros muchos problemas, como la identificación de los sujetos legitimados para suscribirlo, el momento de suscripción, los requisitos de formalización o la eficacia; problemas que aún siendo importantes no abordaremos porque tienen un interés secundario desde el enfoque que adopta el presente estudio y ya han sido objeto de detallados análisis por parte de la doctrina, a los cuales nos remitimos¹⁸².

2.4. El caso singular de las mejoras voluntarias de pensiones.

Como señalamos páginas atrás, el artículo 3.4.b) de la DTE obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para proteger de los derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de jubilación y supervivencia de los trabajadores y ex trabajadores de la cedente. Cuando tales derechos deriven de compromisos formalizados en convenio colectivo el artículo 44.4 del TRLET garantiza, según lo expuesto en apartados anteriores, su mantenimiento transitorio. Resulta obvio, no obstante, que esta garantía es insuficiente para conseguir aquella protección, dado que tiene un alcance meramente temporal y no asegura la consecución de la finalidad perseguida por la norma europea, que no es otra que permitir el disfrute continuo, pacífico y efectivo de esos derechos adquiridos o en curso de adquisición¹⁸³. Justamente por ello, diversos autores habían denunciado la existencia en este punto de un

¹⁸¹ Así lo destacan GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Transmisión de empresa...", ob. cit., p. 125; VALDÉS DAL-RE, F., "Las garantías colectivas...", ob. cit., p. 209 y DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: "El régimen jurídico...", op. cit., pp. 58-59.

¹⁸² Véanse, particularmente: DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; y SERRANO OLIVARES, R.: "El régimen jurídico...", op. cit., pp. 250-253; GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Transmisión de empresa...", ob. cit., pp. 119-126; y MELLA MÉNDEZ, L., "El nuevo artículo 44...", ob. cit., pp. 368-375.

¹⁸³ Así lo expone VALDÉS DAL-RE, F., *La transmisión de empresa...*, ob. cit., p. 106-109.

desajuste entre el derecho interno y el comunitario, aunque en el problema se considera resuelto tras la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por las razones que inmediatamente se expondrán¹⁸⁴.

En efecto, la Disposición Adicional 9ª de dicha Ley modificó la redacción de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones, para incluir una previsión que fuerza a los empleadores a externalizar los compromisos por pensiones que hubiesen asumido. Tal previsión se halla actualmente en la Disposición Adicional 1ª del Texto Refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, aprobada mediante el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (en adelante TRLPFP), en cuya virtud *“los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento que se inicie el inicio del devengo de su coste, mediante contratos de seguro, incluidos planes de previsión social empresariales, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos”*, precisando posteriormente que se consideran *“compromisos por pensiones los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el apartado 6 del artículo 8”*¹⁸⁵, es decir, jubilación, incapacidad, fallecimiento y dependencia.

La obligación de externalización permite dar cumplimiento a las exigencias del artículo 3.4.b) de la DTE, y también al artículo 8 de la Directiva 1980/987/CEE, de 20 de octubre, de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empleador,¹⁸⁶ dado que el reconocimiento de

¹⁸⁴ Entre los autores que denuncian este desajuste se encuentran MORALA GÓMEZ, A., *“La nueva regulación...”*, ob. cit., pp. 196-197 y VALDÉS DA-RE, F., *La transmisión de empresa...*, ob. cit., pp. 113-117.

¹⁸⁵ El artículo 7 del Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado mediante el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, aclara en su apartado 1 que dichos compromisos pueden estar recogidos en *“convenio colectivo o disposición equivalente”*, precisando posteriormente que *“se considerarán disposiciones equivalentes al convenio colectivo los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal u otros acuerdos o decisiones cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos por pensiones”*; una precisión que, tal como señalamos en su momento, implica un reconocimiento claro y directo de la capacidad de los acuerdos de empresa para establecer compromisos por pensiones y, en general, mejoras voluntarias.

¹⁸⁶ Dicho precepto señala que *“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 refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las pensiones 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”*.

derechos consolidados en el caso de los planes de pensiones y de derechos económicos de rescate en el de los contratos de seguro garantiza la protección de los derechos adquiridos y en curso de adquisición tanto a los trabajadores como a los ex trabajadores de la cedente en supuestos de transmisión de empresa, no sólo en el caso en materia de jubilación y supervivencia sino también en las restantes contingencias referidas al final del párrafo anterior. Lo que no pretende el primero de esos preceptos, y tampoco garantizan ni el TRLPFP ni la normativa reguladora de los seguros privados, es la conservación “*pro futuro*” y sin variaciones de los compromisos sobre pensiones colectivamente establecidos, por cuanto se proyectan exclusivamente sobre los derechos derivados¹⁸⁷. El mantenimiento de tales compromisos dependerá de la suerte que corra el instrumento colectivo que los recoge, en función de lo dispuesto en el artículo 44.4 del TRLET, y también de las reglas que rigen la modificación de los planes de pensiones y los contratos de seguro¹⁸⁸.

Interesa señalar, finalmente, que en los supuestos donde los compromisos por pensiones colectivamente pactados se hayan instrumentado a través de un plan de pensiones, deberá tenerse en el artículo 5.4 del TRLPFP, que contempla expresamente la problemática generada por la sucesión de empresa. Dicho precepto establece, en su primer párrafo, que “*salvo acuerdo en contrario, no será causa de terminación del plan de pensiones la disolución del promotor por fusión o cesión global del patrimonio, subrogándose la entidad resultante o cesionaria en la condición de promotor del plan de pensiones*”. Esta regla puede generar un importante desajuste cuando el cesionario ya figure como promotor de un plan de pensiones, dado que el artículo 4.1.a) de la misma norma legal señala que cada empresario “*sólo podrá serlo de uno*”. El segundo párrafo de aquel precepto resuelve la cuestión señalando que en tal caso “*se procederá a integrar en un único plan de pensiones a todos los partícipes y sus derechos consolidados, y en su caso a los beneficiarios, en el plazo de doce meses desde la fecha de efecto de la operación societaria*”.

V. Conclusiones.

¹⁸⁷ Así lo destaca VALDÉS DAL-RE, F., *La transmisión de empresa...*, ob. cit., p 117.

¹⁸⁸ Así por ejemplo, en relación a los primeros debería tenerse presente el artículo 6 del TRLPFP, cuyo apartado 1.i) prevé que entre las especificaciones de los planes de pensiones debe constar obligatoriamente los “*requisitos para la modificación del plan y procedimientos a seguir para la adopción de acuerdos al respecto*”, admitiéndose posteriormente, en el apartado 3.2º, 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*”. Nos remitimos, respecto a esta cuestión, al Capítulo donde se analizarán específicamente los planes y fondos de pensiones.

La capacidad de la negociación colectiva para establecer y regular mejoras voluntarias no ofrece en la actualidad ninguna duda, por cuanto dispone de sólidos fundamentos tanto a nivel constitucional (artículo 37.1 de la CE) como en la normativa ordinaria (artículos 39.2 del TRLGSS y 85.1 del TRLET), aunque durante los últimos años hayan desaparecido de esta última algunas referencias expresas al respecto. El establecimiento y regulación de mejoras voluntarias puede llevarse a cabo a través de convenios colectivos, estatutarios o extraestatutarios, mediante acuerdos sobre materias concretas previstos en el artículo 83.3 del TRLET e incluso a través de acuerdos de empresa, tanto de los previstos legalmente como de los atípicos.

La negociación colectiva se presenta, además, como la vía más idónea para establecer y regular las mejoras voluntarias, por cuanto presenta significativas ventajas frente a las otras alternativas (consenso, equilibrio en la negociación, protección reforzada y adaptabilidad), y aunque también plantea problemas, su propio régimen jurídico ofrece recursos para resolverlos o evitarlos. Así por ejemplo, para evitar la inestabilidad que genera la vigencia temporalmente limitada de los convenios colectivos y dotar de mayor permanencia y seguridad a las mejoras voluntarias colectivamente pactadas podría acudir a instrumentos colectivos específicos, particularmente al acuerdo marco sobre materias concretas del artículo 83.3 del TRLET o fijar una vigencia específica para las cláusulas que las regulen, aprovechando la posibilidad contemplada en el artículo 86.1 de esa misma norma.

Cabe destacar, no obstante, que la praxis negocial evidencia que los convenios continúan siendo esencialmente instrumentos caracterizados por su temporalidad, circunstancia que motiva que la sucesión de convenios en el tiempo constituya una característica intrínseca a nuestro sistema negocial. El Tribunal Supremo ha aplicado como principio de ordenación de esta sucesión el principio de modernidad en una versión que cabe calificar de intensa por cuanto, descartando que el artículo 192 de la LGSS constituya una norma especial de derecho transitorio que atempere los efectos de la sucesión normativa, ha considerado que el nuevo convenio colectivo puede disponer de los derechos reconocidos en el convenio anterior y ello también en relación a mejoras voluntarias de carácter periódico ya causadas en lo que a los efectos futuros se refiere. Una doctrina que, aunque ha visto reducido su ámbito de aplicación como consecuencia de la obligación de externalizar los compromisos dinerarios por pensiones como consecuencia de la disp. adic. 1ª de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, constituye un importante condicionante de la negociación colectiva como instrumento de regulación de aquellas mejoras voluntarias que no deban de ser externalizadas.

Compartiendo las bases en que se asienta la solución jurisprudencial dada a esta cuestión –la temporalidad del convenio, la ausencia de condiciones más beneficiosas de origen normativo y la finalidad potenciadora de la libertad

negociadora-, creemos que la disponibilidad de los derechos reconocidos en el convenio precedente se ha efectuado de una forma tan amplia que puede perturbar, en determinados casos, la necesaria dosis de seguridad jurídica que debe de existir en el tráfico normativo. En una primera impresión, y a la vista de la doctrina constitucional existente en relación al principio de irretroactividad, pudiera parecer que no debiera existir problema alguno en admitir la retroactividad en grado mínimo. Sin embargo, debe reseñarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no permite realizar un enjuiciamiento abstracto en torno a la legitimidad de cualquier norma con eficacia retroactiva. Así, la doctrina constitucional –en relación al derecho transitorio en materia tributaria– ha considerado que la legitimidad de la retroactividad, incluso la de grado mínimo, puede ser cuestionada cuando se afecte al principio de seguridad jurídica (STC 150/1990, de 4 de octubre, STC 197/1992, de 19 noviembre y STC 173/1996, de 31 de octubre). La protección de la previsibilidad, de la confianza legítima, se erige, de esta forma, en un límite a las normas de derecho transitorio que puedan establecerse, de forma especial, cuando ello se produce a través de la retroactividad. A nuestro juicio, la transposición de dicha doctrina al ámbito de la sucesión convencional exige y justifica que la admisibilidad de la disponibilidad de los derechos reconocidos en el convenio precedente deba de efectuarse, en determinados casos, de forma ponderada y condicionada a la concurrencia de determinados requisitos. Siendo esta la hipótesis de aquellos supuestos en los que la disposición afecta de forma sustancial a elementos esenciales de derechos que reconocidos y causados durante la vigencia del convenio precedente se caracterizan por presentar un periodo de duración autónomo y diferenciado del que delimita la vigencia del convenio, constituyendo esa duración un rasgo configurador del propio derecho. Una circunstancia que es la que puede darse en relación a aquellas mejoras voluntarias de la Seguridad Social referidas a prestaciones de carácter periódico como pudieran ser los complementos de carácter económico que se puedan reconocer a las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad temporal, desempleo o asistencia sanitaria. De tal forma, en hipótesis en las que la sucesión convencional determinase la modificación de derechos con una duración autónoma y diferenciada de la del propio convenio, y esa “disposición” incidiese en aspectos esenciales o en la propia pervivencia de derechos ya causados, creemos que la legitimidad de la medida sólo vendría avalada por la existencia de razones que justificasen su carácter necesario para la tutela de otros bienes o derechos constitucionales.

La incidencia de la sucesión de empresa sobre las mejoras voluntarias que los trabajadores afectados tengan reconocidas a través de convenio colectivo es una cuestión polémica, tanto desde un punto de vista teórico como práctica, cuya correcta resolución exige la toma en consideración del ordenamiento comunitario y del ordenamiento interno.

En la actualidad el apartado 1 del artículo 44 del TRLET incluye con toda claridad las mejoras voluntarias en la garantía subrogatoria, forzando al cesionario a asumir los derechos y obligaciones que existiesen al respecto, sea cual sea la vía de establecimiento. En los casos de mejoras voluntarias colectivamente pactadas los efectos de la garantía subrogatoria quedan matizados por lo dispuesto en el apartado 4 de ese mismo precepto, que sólo asegura el mantenimiento del convenio colectivo de origen de forma transitoria, hasta su expiración o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable a la entidad económica transmitida. Así pues, la concurrencia de cualquiera de estas circunstancias determinará, ordinariamente, que los trabajadores afectados por la sucesión pierdan las mejoras voluntarias de origen colectivo y pasen a disfrutar, en su caso, de las previstas en el marco convencional de la cesionaria. Conviene tener presente, no obstante, que a través de acuerdo de empresa puede alterarse esa regla general, avanzándose el fin de la aplicación del convenio colectivo de origen o alargándola más allá de lo legalmente previsto, para conseguir una transición no traumática y siempre que de tales soluciones alternativas sean para los trabajadores globalmente más favorables que la aplicación de la regla general.

El caso de las mejoras voluntarias sobre pensiones es singular porque la normativa comunitaria exige a los Estados miembros que garantice la conservación de los derechos derivados de las mismas, tanto los adquiridos como los que se hallan en curso de adquisición, respecto a los trabajadores y también a los ex trabajadores de la cedente, aunque sólo en relación a las contingencias de jubilación y supervivencia. En el ordenamiento español esta garantía se obtiene mediante la obligada externalización de los compromisos por pensiones vinculados a jubilación, incapacidad, fallecimiento y dependencia, que en virtud de la Disposición Adicional 1ª del TRLPFP deben instrumentarse a través de planes de pensiones, contratos de seguro o ambos a la vez. Las mejoras voluntarias sobre pensiones disponen pues, como fruto de esta previsión y sea cual sea la vía de establecimiento, de una protección reforzada en hipótesis de sucesión de empresa, que les asegura el disfrute de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, aunque no garantiza que en el futuro esos mecanismos de protección social complementaria mantengan sin variaciones su configuración originaria.

CAPÍTULO III. MEJORAS VOLUNTARIAS DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y MATERNIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

A) INCAPACIDAD TEMPORAL

I. Sujetos beneficiarios de la prestación de Incapacidad Temporal.

Como se ha venido señalando, los sujetos beneficiarios de las mejoras voluntarias son, conforme al artículo 39 de la LGSS, los incluidos en la modalidad contributiva del sistema de Seguridad Social.

Hasta no hace demasiado tiempo no resultaba extraño encontrar en la negociación colectiva ejemplos en los que el disfrute de la mejora voluntaria de incapacidad temporal se hacía depender de ciertas características subjetivas del trabajador tales como la naturaleza del vínculo contractual. En este sentido, ya de entrada merece destacarse que en la negociación colectiva más reciente prácticamente han desaparecido las cláusulas que vinculan el disfrute de las prestaciones complementarias de incapacidad temporal a la duración temporal del contrato de trabajo.

Sin embargo, todavía pueden encontrarse algunas cláusulas en las que se establecen diferencias subjetivas en razón de la antigüedad en la empresa. Mayoritariamente se trata de supuestos en los que la fecha de ingreso a la empresa no determina el acceso a la mejora voluntaria, pero sí su contenido. Tal es caso, por ejemplo, del artículo 6 del convenio colectivo de “Lufthansa Cargo, AG” (BOE de 23 de marzo de 2007) ¹⁸⁹:

¹⁸⁹ En sentido similar puede verse también el artículo 47 del CC “del grupo de empresas formado por Altadis y Logista” (BOE de 26-9-2007) en el que el contenido de la mejora voluntaria de incapacidad temporal derivada de accidente no laboral o enfermedad común cuya duración sea superior a la de doce meses depende de la antigüedad del trabajador en la empresa: “El personal percibirá las prestaciones económicas previstas en el Régimen General de la Seguridad Social, complementadas a cargo a Altadis, SA o Legista, SA de la siguiente forma: (...) A partir de los 12 meses de enfermedad, mientras dure la calificación de Incapacidad Temporal (y siempre con el tope máximo de 30 meses a partir de la fecha de baja inicial), todo el personal percibirá las prestaciones a que tenga derecho por el Régimen General de la Seguridad Social, complementadas en su caso, por la empresa, en función de los años de servicio del trabajador, hasta alcanzar – junto con la prestación de la Seguridad Social- los siguientes porcentajes de su haber regulador:

Con 35 o más años de servicio: 100% Haber regulador.

De 30 a 35 años de servicio: 90% Haber regulador.

De 25 a 30 años de servicio: 80% Haber regulador.

De 20 a 25 años de servicio: 65% Haber regulador.

De 15 a 20 años de servicio: 60% Haber regulador.

De 10 a 15 años de servicio: 50% Haber regulador.

“Una vez terminado el período de prueba, la empresa abonará a sus empleados durante el período de enfermedad o accidente, la diferencia entre las prestaciones de la Seguridad Social y la retribución neta total percibida, correspondiente al último mes de trabajo anterior a la enfermedad, de acuerdo con las disposiciones siguientes:

- a) Para el personal con menos de un año de antigüedad: Un mes.*
- b) Para el personal con más de año de antigüedad y menos de dos: Tres meses*
- c) Para el personal con más de dos años de antigüedad: Seis meses (...).”*

En relación con la aplicación del referido principio de igualdad, se ha convenido por la doctrina del Tribunal Constitucional que la autonomía colectiva no puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer.

No obstante, la acomodación del convenio colectivo a las exigencias del principio de igualdad en materia retributiva ha sido matizada más recientemente por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 119/2002, de 20 de mayo. Resolución en la que parece abrir la puerta a ciertas diferenciaciones incluidas en convenio colectivo cuando señala que “no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad. No podemos olvidar, por tanto, que en el concurso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar en perjuicio de sus representados”. Ahora bien, a pesar de tal posibilidad, el límite insoslayable será la afectación al principio de igualdad. En este sentido, la STC 27/2004 indicó que la fecha de contratación “por sí sola, no puede justificar un modo diferente en la valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica, descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascaran una infravaloración de su condición y de su trabajo”.

Menos de 10 años de servicios: 47% Haber regulador”.

Por su parte, el CC de empresas de enseñanza privada sostenidos total o parcialmente por fondos públicos (BOE de 17-1-2007) une a la antigüedad en la empresa la extensión temporal del pago del complemento a cargo de la empresa. Así, los tres primeros meses se abonan a todos los trabajadores y superado ese plazo se abona el 100 de la retribución salarial en proporción de un mes más por cada trienio de antigüedad.

A la vista de lo antedicho deberíamos preguntarnos si la delimitación del contenido de la mejora voluntaria de incapacidad temporal basada únicamente en el criterio de la antigüedad en la empresa, constituye o no un motivo objetivo y razonable que justifique la diferencia de trato. Parece lógico pensar que la única justificación constitucionalmente admisible es la que viene dada por la propia naturaleza de la mejora voluntaria en el sentido de que requiera una determinada vinculación temporal con la empresa. No es, en nuestra opinión, el caso de las mejoras de la prestación de incapacidad temporal, en el que no existe razón suficiente que justifique que la permanencia en la empresa sea suficiente para justificar un contenido distinto del complemento de la prestación de incapacidad temporal.

Junto con ello, debe consignarse también la existencia de algunos supuestos en los que el complemento de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hace depender de la observancia por parte del trabajador de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 36 del convenio colectivo de “BSH Interservice, SA. Zona 4 Centro” (BOE de 5 de septiembre de 2007):

“Accidente de trabajo o enfermedad profesional. En los casos de incapacidad transitoria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la empresa complementará hasta el 100 por 100 del salario medio de los últimos tres meses de cada grupo y nivel considerado según el apartado anterior y desde el primer día de la baja, y por un período máximo de 12 meses prorrogables por otros 6 meses. No obstante, se abonará sólo hasta el 90 por 100 antes mencionado en todos aquellos casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional en los que el tras el preceptivo análisis del parte oficial de investigación de accidentes realizado en el seno del comité de seguridad y salud, se demuestre que el trabajador accidentado no cumplía las normas de prevención de riesgos laborales, y que en concreto son:

No uso de los equipos de protección individual que resulten obligatorios para un puesto de trabajo, actividad o tarea determinada (guantes, manguitos, calzado de seguridad, protectores auditivos, gafas de seguridad, mascarillas, etc.).

No seguimiento de la instrucción/orden de seguridad de la operación, puesto o actividad en la que el trabajador/a se haya accidentado o le haya provocado la enfermedad profesional.

No seguimiento de las instrucciones generales de prevención de riesgos laborales y de seguridad.”¹⁹⁰

¹⁹⁰ En idéntico sentido, véase el CC “BSH Interservice, SA Zona 3: Gerona, Tarragona y Palma de Mallorca” (BOE de 5-9-2007), CC “BSH Interservice, SA Zona 2: Bilbao, Pamplona, Burgos, San Sebastián, Santander y Zaragoza” (BOE de 6-9-2007). En el caso del artículo 43 del CC “Cía Castellana de Bebidas Gaseosas, SA” (BOE de 12-4-2007) se reconoce el derecho a la prestación complementaria de incapacidad temporal en caso de accidente de trabajo siempre que no sea imputable al trabajador. En el mismo sentido, artículo 55 CC de la empresa “Multiprensa y Mas, SL” (BOE de 20-4-2007).

Debe entenderse que previsiones como las contenidas en la cláusula transcrita constituyen una sanción por incumplimiento de las normas preventivas, y en cuanto tal deberá respetar los principios generales de la potestad disciplinaria empresarial tales como la proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del comportamiento o, en particular, el principio del non bis in idem. Como es sabido, la jurisprudencia del TS ha mantenido que el referido principio de *non bis in idem* es también aplicable al poder disciplinario empresarial. En aplicación de este principio, se impide la duplicidad de sanciones en los que se aprecie la identidad de fundamentos, hechos y sujetos, tal y como exige el artículo 9 de la CE. Así pues, deberá concluirse que no procederá la supresión de una parte del complemento en los supuestos en los que se sancione disciplinariamente al trabajador por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad frente a los riesgos laborales. O lo que es lo mismo, la pérdida de parte del complemento de la prestación de IT derivada de accidente de trabajo impedirá la imposición de cualquier otra sanción disciplinaria.

Por último, son excepcionales los convenios colectivos que contemplan la posibilidad de que los trabajadores que no cumplen con el requisito legal del período de carencia para acceder a la prestación de Seguridad Social puedan disfrutar de un beneficio social equivalente de forma transitoria. Tal es el caso del artículo 31 del convenio colectivo de “Empresas de centros de jardinería” (BOE de 28 de abril de 2007)¹⁹¹:

“Sin perjuicio de las condiciones más favorables que tuvieran establecidas las empresas comprendidas en este Convenio, en caso de enfermedad común o profesional y de accidente, sean o no de trabajo, se observarán las siguientes normas:

- a) En caso de incapacidad laboral por enfermedad o accidente debidamente autorizados por la Seguridad Social, del personal comprendido en el régimen de asistencia de la misma, la empresa complementará las prestaciones obligatorias hasta el importe íntegro de sus retribuciones hasta el límite de doce meses, pudiéndose prorrogar hasta dieciocho meses en los supuestos de ingresos en centro hospitalaria y operación quirúrgica, mientras dure dicha hospitalización.*
- b) El personal en caso de enfermedad común o accidente laboral (sic) que no tenga cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, la empresa vendrá obligada a satisfacer la retribución básica hasta que sea cubierto dicho período de carencia (...)*”

Si bien es cierto que en estos supuestos se complementa la acción protectora de la Seguridad Social, no podemos hablar de mejora voluntaria

¹⁹¹ También incluye una previsión similar, por ejemplo, el CC estatal del sector de la mediación en seguros privados (BOE de 22-10-2007).

propiamente, al no existir derecho a causar la prestación que se complementa. En todo caso, formará parte de la acción social de la empresa sin que pueda considerarse una mejora de una prestación.

II. La regulación material de las mejoras voluntarias en materia de incapacidad temporal.

Ya de entrada debe señalarse que una parte significativa de los convenios colectivos en los que se regula un complemento de la prestación de incapacidad temporal contemplan un régimen diferenciado para las mejoras de la prestación de incapacidad temporal según se trate de contingencias profesionales o comunes. Concretamente, sobre el 65% de los convenios analizados establecen un régimen diferenciado de la prestación complementaria en razón de su origen. Así, por ejemplo, entre los convenios que establecen una regulación distinta en razón del origen de la contingencia podemos citar el convenio colectivo del Sector del Corcho (BOE de 9 de enero de 2007) o el convenio colectivo de “Aceralia Transformados” (BOE de 26 de febrero de 2007)¹⁹². Entre los que establecen un régimen común de complemento para todos los supuestos de incapacidad temporal encontramos, entre otros, el convenio colectivo estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9 de enero de 2007), o el convenio colectivo de “British American Tobacco España, SA” (BOE de 11 de septiembre de 2007)¹⁹³.

¹⁹² Vid., en el mismo sentido, entre otros, II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13-1-2007), CC del sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceites y harina de pescados y mariscos (BOE de 3-2-2007), VI CC de los “Centros de Empleo Especiales ATAM” (BOE de 23-2-2007), CC del ciclo de papel y artes gráficas (BOE de 26-2-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007), CC de la empresa “Seguriber Compañía de servicios integrales” (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa “Albatros Alcazar Servicios Industriales” (BOE de 9-2-2007), CC de la empresa “Aceralia Transformados, SA” (BOE de 26-2-2007), CC de la empresa “Multipensa y Mas, SL” (BOE de 20-4-2007), CC de “Instituto Técnico de Materiales y Construcciones” (BOE de 19-4-2007), CC de la “Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas” (BOE de 12-4-2007), CC Interprovincial para las empresas de disminuidos físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), CC de la empresa “Repsol Química, SA” (BOE de 9-3-2007), CC de la empresa “Mobiliario Urbano, SUL” (BOE de 8-3-2007), XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización e empresas y contable (BOE de 12-1-2007), CC del sector de fabricación de alimentos para animales (BOE de 18-1-2007), CC marco estatal de acción e intervención social (BOE de 19-6-2007), CC de la empresa “Seguridad Gallega Nosa Terra, SA” (BOE de 24-1-2007), VII CC Repsol Petróleo, SA (BOE de 12-2-2007), CC “Sanyo España, SL” (BOE de 14-9-2007), CC de las “Delegaciones de Helados y pastas, SA” (BOE de 1-9-2007), CC de la empresa “Inter Bon, SA” (BOE de 11-9-2007), CC del grupo de empresas formado por Altadis, SA y Logista, SA (BOE de 26-9-2007), CC de la empresa “Saint Gobain Vicasa, SA” (BOE de 10-9-2007), CC de la empresa “BSH Interservice, SA Zona 4 Centro” (BOE de 5-9-2007), CC Frío Industrial (BOE de 23-10-2007).

¹⁹³ En el mismo sentido, pueden verse también CC estatal de los centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007), CC de la empresa “Hijos de la Rivera, SA” (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa “Hertz, SA” (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa “Allianz, Compañía de Seguros” (BOE de 31-1-2007), CC de la empresa “Centro Farmacéutico” (BOE de

Es de destacar que la práctica totalidad de los convenios colectivos sectoriales analizados únicamente contemplan la mejora voluntaria de la prestación de incapacidad temporal para los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional. En los convenios empresariales el número de acuerdos que extienden el complemento de la prestación a toda incapacidad temporal con independencia de la contingencia se aproxima a los que únicamente contemplan la mejora voluntaria para los supuestos de contingencias profesionales.

Este régimen diferenciado en el tratamiento del complemento de incapacidad temporal al que aludimos se traduce, en la mayoría de las ocasiones, en una regulación distinta, y normalmente más favorable, tanto respecto de la duración del pago de la prestación complementaria como en relación con contenido de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias profesionales. Sin perjuicio de un análisis más detenido del contenido de tales cláusulas que se realizará más abajo, sirva de ejemplo entre los convenios colectivos en los que la cobertura material de la prestación complementaria es mayor para los supuestos de IT derivada de accidente laboral o enfermedad profesional, el artículo 43 del convenio colectivo de Fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE de 18 de enero de 2007):

“Para mejorar la posición de los trabajadores en situación de baja por incapacidad temporal debida a enfermedad o accidente, las empresas, complementarán las prestaciones de la Seguridad Social, en concordancia con lo establecido en el art. 23, de la forma siguiente:

a) En los casos de Incapacidad Temporal por enfermedad común, y accidente no laboral, debidamente comprobados, la suma de las prestaciones de la Seguridad Social, más las prestaciones complementarias, deberá alcanzar la cuantía que representan los porcentajes, que se señalan a continuación para las distintas situaciones, aplicadas a las bases de cotización a la Seguridad Social, para contingencias comunes, del período de baja, excluida la prorrata de las pagas extraordinarias.

Bajas con duración entre 1 y 20 días: 75%

18-6-2007), CC de la empresa “Fénix Directo, Seguros y Reaseguros” (BOE de 13-6-2007), CC de la empresa “González Fierro, SA” (BOE de 3-5-2007), CC de la empresa “Wincor-Nixdorf, SLU” (BOE de 12-4-2007), CC de la empresa “Pzifer Consumer Healthcare, S. Comp. A” (BOE de 12-4-2007), CC de las empresas del grupo Generali (BOE de 10-4-2007), CC de la empresa “Telefónica Soluciones Informáticas, SA” (BOE de 10-4-2007), CC de la empresa “Lufthansa Cargo, AG” (BOE de 23-3-2007), CC de la empresa “Acelor Construcción España, SL” (BOE de 14-3-2007), CC de la empresa “Aceralia Construcción de Obras, SL” (BOE de 14-3-2007), CC de las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente por fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa “Fernando Buel, SA” (BOE de 15-1-2007), CC de la empresa “Comercial Farmacéutica, SA” (BOE de 20-9-2007), CC de la empresa “Electrolux Home Products España, SA” (BOE de 11-9-2007), CC de la empresa “Ediciones B, SA” (BOE de 11-9-2007).

Bajas con duración entre 21 y 30 días: 75% durante el periodo comprendido entre el día 1 y 20, 100% a partir del día 21.

Bajas con duración superior a 30 días: 75% durante los tres primeros días, 100% a partir del 4ª.

Bajas con independencia de su duración que precisan asistencia sanitaria en instituciones cerradas: 100% desde el primer día.

b) Cuando la incapacidad temporal, debidamente comprobada, sea consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, la suma de las prestaciones de la Seguridad Social, más las prestaciones complementarias deberán alcanzar la cuantía del 100% de las bases de cotización a la Seguridad Social, para las contingencias profesionales de accidentes profesionales, del período de baja, excluida la prorrata de las pagas extraordinarias. El importe así calculado, se percibirá desde el primer día. No obstante lo anterior, se respetarán las condiciones más beneficiosas que, en virtud de costumbre o concesión de las empresas, estén establecidas."

Entre los convenios que establecen duración una duración distinta, puede verse, a modo ilustrativo el artículo 12 del convenio colectivo de la empresa "Albatros Alcázar Servicios Industriales, SA" (BOE de 9 de febrero de 2007):

"Complementos de incapacidad temporal. Enfermedad común o accidente no laboral, la empresa complementará el salario del trabajador hasta el 100 por 100 del sueldo bruto más antigüedad excluyendo complementos por desempeño o puesto. Este complemento por IT se percibirá desde el primer día de la baja hasta la fecha de la alta y siempre que se justifique estas bajas a través de los partes de incapacidad expedidos por la Mutua de Accidentes o la Seguridad Social.

Dicho complemento se aplicará siempre y cuando el nivel de absentismo sea inferior a un 3,5% en función de los datos reales obtenidos al final del año anterior del convenio en su conjunto, descontados de dicho computo anual los casos de larga enfermedad entendiéndose como tales aquellos periodos superiores a tres meses, una vez deducidos los supuestos a 3 meses, una vez deducidos los supuestos que se contemplan en el párrafo anterior; la empresa cubrirá en caso de enfermedad y accidente no laboral, el 50% de los tres primeros días.

Accidente laboral, la empresa complementará el salario el trabajador hasta el 100 por 100 del sueldo bruto más antigüedad excluyendo complementos por desempeño o puesto. Este complemento se percibirá desde el primer día de la baja hasta la fecha de alta y siempre que se justifiquen estas bajas a través de los partes de incapacidad expedidos por la Mutua de Accidentes".

Junto con ello, en algunos de los convenios colectivos en los que se establece una regulación distinta de la prestación según la causa de la incapacidad, únicamente mejoran la prestación derivada de accidente de trabajo

o enfermedad profesional¹⁹⁴; mientras que en otros, se excluye del régimen complementario las contingencias derivadas de accidente no laboral¹⁹⁵.

Finalmente, merece reseñarse el régimen particular que se otorga en algunos casos a los supuestos de hospitalización del trabajador, que, con independencia de la contingencia de la que traigan causa, gozan de un tratamiento específico respecto del contenido y duración de la prestación complementaria. Así, a modo de ejemplo, puede verse el artículo 45 del convenio colectivo de la empresa “Seguriber Compañía de Servicios Integrales” (BOE de 17 de enero de 2007) ¹⁹⁶:

“a) Incapacidad temporal en caso de accidente laboral:

La empresa complementará hasta el 100 de la tabla del anexo salarial sin que suponga merma del importe que pudiera corresponder en pagas extraordinarias.

b) Incapacidad temporal en caso de enfermedad o accidente no laboral.

Las empresas complementarán hasta los porcentajes de la base de cotización por contingencias comunes, que se indican en cada uno de los tramos siguientes:

b.1) Del día 1 al 3, el 50% de la base de cotización.

b.2) Del día 4 al 20, el 80% de la base de cotización.

b.3) Del día 21 al 40, el 100% de la base de cotización.

b.4) Del 41 al 60, el 90% de la base de cotización.

b.5) Del 61 en adelante, si procede, como esta legislado.

Las empresas complementarán la prestación reglamentaria en el supuesto de hospitalización:

Se cobrará hasta el 100% de la base cotizable, desde la fecha de la hospitalización, durante 40 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”.

A. El contenido objetivo de las mejoras voluntarias.

¹⁹⁴ Así, por ejemplo, XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización e empresas y contable (BOE de 12-1-2007), II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13-1-2007), CC de la empresa “Seguridad Gallega Nosa Terra, SA” (BOE de 24-1-2007), CC Interprovincial para las empresas de disminuidos físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), CC de la empresa “Mobiliario Urbano, SUL” (BOE de 8-3-2007), CC de las “Delegaciones de Helados y pastas, SA” (BOE de 1-9-2007), CC Frío Industrial (BOE de 23-10-2007).

¹⁹⁵ Tal es el caso, por ejemplo, del CC de los “Centros de Empleo Especiales ATAM” (BOE de 23-2-2007), o del CC “Sanyo España” (BOE de 14-9-2007).

¹⁹⁶ En el mismo sentido, puede verse, entre otros, el I CC “Servicontrol, SL” (BOE de 24-1-2007), el VII CC “Repsol Petróleo, SA” (BOE de 12-2-2007), CC Fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE de 18-1-2007). También ofrece un tratamiento específico de la hospitalización, el CC de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), “Gallina Blanca, SA” (BOE de 2-10-2007), CC de la empresa “Outsourcing Prevención, SA” (BOE de 13-10-2007).

Tal y como ha quedado dicho, dado el significativo número de convenios colectivos que establecen regulaciones diferenciadas de los complementos de la prestación de IT según la causa que la origina creemos que resulta adecuado un análisis específico tomando en consideración tal criterio. Así pues, a continuación se expondrán las cláusulas convenciones que regulan mejoras voluntarias de IT derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la regulación de los complementos de IT derivada de contingencias profesionales, y, en fin, las regulaciones uniforme de las mejoras voluntarias IT con independencia de la contingencia de que traigan causa.

1. El contenido de las mejoras voluntarias de la IT derivadas de contingencias profesionales.

Dos son los módulos que se contemplan en la negociación colectiva en relación con el cálculo del contenido de la prestación complementaria: bien la prestación salarial, en sus distintas formas, bien la base de cotización del trabajador. Como se habrá advertido ya, en relación con las mejoras de IT derivadas de contingencia profesional se impone el primero de los módulos¹⁹⁷, si bien con notables diferencias en su concreción. En este sentido podemos encontrar, en primer lugar, convenios colectivos que aluden, sin demasiadas precisiones, al conjunto de lo que venía percibiendo el trabajador. Las fórmulas empleados son distintas, con efectos también distintos sobre el cálculo de la prestación. Así, en algunos casos se alude a la retribución neta¹⁹⁸, a la retribución de la mensualidad anterior¹⁹⁹, a la retribución mensual²⁰⁰, a la retribución en jornada ordinaria²⁰¹, a la retribución con exclusión de las pagas extras²⁰²; al importe íntegro de sus retribuciones²⁰³, al cien por cien del sueldo base y complementos salariales, excluidos los de vencimiento superior al mes²⁰⁴, al 100% del devengo íntegro²⁰⁵, al 100% del salario real según tablas

¹⁹⁷ No obstante, es posible encontrar alguna cláusula que alude a la garantía del 100% de la base de cotización del mes anterior como sucede en el caso del CC de la empresa "Aceralia Transformados" (BOE de 26-2-2007), establecimientos financieros de crédito (BOE de 4-9-2007), o del CC de la empresa "Inter Bon, SA" (BOE de 11-9-2007), CC General del Sector de Derivados del Cemento (BOE de 18-10-2007).

¹⁹⁸ CC sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescado (BOE de 3-2-2007).

¹⁹⁹ CC Interprovincial de las empresas de disminuidos físicos de Aragón (BOE de 26-3-2007)

²⁰⁰ CC marco estatal de acción e intervención social (BOE de 19-6-2007).

²⁰¹ II CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13-1-2007).

²⁰² CC "Seguriber Compañía de Seguros Integrales" (BOE de 17-1-2007), CC fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE de 18-1-2007).

²⁰³ CC del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (BOE de 26-2-2007), CC estatal de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007)..

²⁰⁴ CC de la empresa "Instituto Técnico de Materiales y Construcciones" (BOE de 19-4-2007).

²⁰⁵ VII CC "Repsol petróleo, SA" (BOE de 12-2-2007).

salariales²⁰⁶, al 100% del salario real del trabajador²⁰⁷, al 100% del salario ordinario mensual²⁰⁸.

A pesar de las dificultades interpretativas que pueden generar este tipo de cláusulas, lo cierto es que continúan siendo mayoritarias en la negociación colectiva.

Junto con ello, en segundo lugar, a los efectos de simplificar los problemas interpretativos que derivan de la utilización de nociones genéricas tales como las indicadas, se especifica qué cantidades salariales son las garantizadas a través de la identificación de los complementos. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 15 del convenio colectivo de “Bridgestone Hispania, SA” (BOE de 15 de junio de 2007) ²⁰⁹:

“Artículo 152. Complementos de enfermedad, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo.

1. Los trabajadores con baja por enfermedad percibirán el 100 % de los conceptos retributivos que se especifican en el art. 156, apartado a), durante los primeros dieciocho meses de incapacidad temporal, estando incluida en estas percepciones lo que se percibe de la Seguridad Social por I.T. y deduciéndose lo que corresponda por impuestos y Seguridad Social.

2. Una vez transcurridos los primeros dieciocho meses en incapacidad temporal, si se prorrogara la misma, los Trabajadores tendrán derecho a un complemento adicional a la prestación que perciban de la Seguridad Social, hasta alcanzar el 90 % del salario del trabajador, constituido por los conceptos retributivos reflejados en el Capítulo IX de este convenio.

Dicho salario se obtendrá dividiendo por dos los ingresos reales brutos devengados en los 24 (veinticuatro) meses anteriores a la fecha del hecho causante. De no convenir al interesado el período al que se refiere el párrafo anterior, podrá elegir otro período ininterrumpido de 24 (veinticuatro) meses dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. Este período será incrementado con los porcentajes del I.P.C. oficialmente publicados por el Instituto Nacional de Estadística.

3. Las prestaciones de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo se complementarán en los términos establecidos en el apartado 1

²⁰⁶ CC del grupo de empresas formado por Altadis, SA y Logista, SA (BOE de 26-9-2007), CC Frío industrial (BOE de 23-10-2007).

²⁰⁷ CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 23-3-2007), CC de la empresa “Nuclenor, SA” (BOE de 4-5-2007), CC para las industrias del arroz (BOE de 12-9-2007).

²⁰⁸ CC de la empresa “Multiprensa y Mas, SL” (BOE de 20-4-2007).

²⁰⁹ En sentido similar, pueden verse entre otros, CC “Albatros Alcázar Servicios Industriales” (BOE de 9-2-2007), CC “Repsol Petróleo, SA” (BOE de 12-2-2007), CC “Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas” (BOE 12-4-2007), CC “Sanyo España” (BOE de 14-9-2007), CC de las “Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, SA” (BOE de 1-9-2007), VI CC de los “Centros Especiales de Empleo ATAM” (BOE de 23-2-2007).

Artículo 156. Pago de enfermedad y accidente.

a) Enfermedad.—Se cobrará según la normativa establecida en el artículo 152 sobre Salario de Calificación, Antigüedad, Condiciones Modificativas, Plus de Garantía Retributiva, Garantía artículo 147, Prima y (a

partir del 1-7-2004) 50% de los Pluses que hubiera cobrado de haber estado trabajando (estos últimos a partir del día 91.º desde la fecha de la baja). En caso de recaída no será necesario volver a esperar al transcurso del mencionado período de 90 días, sino que se garantiza la percepción del 50 % de los pluses desde el mismo día en que aquélla se produzca. La cantidad por Prima será equivalente al promedio obtenido en el mes natural anterior a la fecha de la baja.

b) Accidente y Enfermedad Profesional.—Se cobrará según la normativa establecida en el artículo 152 sobre Salario de Calificación, Antigüedad, Condiciones Modificativas, Plus de Garantía Retributiva, Garantía artículo 147, Prima y 100% de los Pluses que hubiera cobrado de haber estado trabajando.

c) Normas Comunes.—Se abonarán los días de baja correspondientes al mes natural anterior.

Si lo que corresponde cobrar a una persona en el caso de baja por Enfermedad o Accidente es menor que lo que se recupera en el mes de la Seguridad Social, se abonará esta última cantidad. Si lo que corresponde cobrar a una persona en los casos de Enfermedad o Accidente por aplicación de las normas de este convenio es mayor que lo que se recupera en el mes de la Seguridad Social se abonará lo primero.

En ambos casos, los pagos de la Seguridad Social por I.T. de Enfermedad o Accidente no se incluirán en el cómputo de las pagas extraordinarias y sobre estos pagos se descontará en cada nómina mensual lo que corresponda por retención de I.R.P.F. y Seguridad Social”.

La identificación, en otros casos se produce de forma negativa, indicando que cantidades no deberán entrar en el cálculo de la prestación, cantidades salariales o extrasalariales, como sucede en el artículo 36 del convenio colectivo de la empresa “Seguridad Gallega Nosa Terra, SA” (BOE de 24 de enero de 2007)²¹⁰:

“a) Incapacidad Temporal en caso de accidente laboral: la empresa complementará hasta el 100% de las retribuciones, excluyendo los pluses de peligrosidad, transporte, actividad, manutención, responsabilidad, calidad o jefatura. En el caso de que la prestación reglamentaria de la Seguridad Social sea mayor, se percibirá ésta (...).”

²¹⁰ En sentido similar, I CC de la empresa “Servicontrol, SL” (BOE de 24-1-2007) indica que “Con independencia de las prestaciones que devengue el trabajador afectado con cargo a la Seguridad Social o Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, Servicontrol SL complementará dichas prestaciones hasta el 100 por 100 del salario base, únicamente en el caso de hospitalización y mientras dure la misma y, en cualquier caso, durante el periodo de incapacidad temporal, como consecuencia de accidente de trabajo”. Véase también el CC de la empresa “Albatros Alcázar Servicios Industriales” (BOE de 9-2-2007).

Interesa destacar, por último, que en todos estos supuestos en los que se especifica el contenido de la prestación complementaria, acostumbra a identificarse con la garantía del salario base más los complementos de carácter personal como, por ejemplo, la antigüedad. Por el contrario, los complementos de devengo superior al mes, bien se excluyen del cálculo del complemento, bien se incluyen en su promedio²¹¹.

2. El contenido de las prestaciones complementarias de IT derivadas de contingencias comunes.

Normalmente, las cláusulas convencionales que contemplan un régimen diferenciado del complemento de IT en razón de la naturaleza de la contingencia presentan un tratamiento menos favorable para los supuestos derivados de enfermedad común o accidente no laboral. No obstante, ese tratamiento peyorativo para los complementos de IT en supuestos de contingencias comunes no deriva tanto del módulo de cálculo – normalmente el mismo que se ha tomado en consideración para complementar la IT por contingencias profesionales – como de la cuantía del complemento o su duración. Respecto de la duración del complemento, nos ocuparemos en el apartado siguiente, por lo que a continuación atenderemos a las diferencias en la cuantía de las mejoras de IT derivadas de contingencias comunes respecto de aquellas en la que el hecho causante de IT presenta un carácter profesional.

Así pues, es posible identificar convenios colectivos en los que el acceso al complemento de la prestación²¹² o la cuantía de dicho complemento se vincula directamente a la duración de la situación de incapacidad, siendo menor cuanto menor sea el tiempo en el que el trabajador se encuentra incapacitado para prestar trabajo²¹³:

A modo de ejemplo, puede verse el artículo 64 del II del convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2007):

²¹¹ En este sentido, vid., entre otros, CC de la empresa “Gallina Blanca, SA” (BOE de 2-10-2007).

²¹² En este sentido, el artículo 26 del XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable (BOE de 12-1-2007) indica que “1. Aparte de lo establecido en la Ley de la Seguridad Social sobre indemnizaciones, se respetarán las condiciones más beneficiosas que, en virtud de costumbres o concesión espontánea de las empresas, estén establecidas.

2. Las empresas afectadas por este Convenio, desde el quinto día de la correspondiente baja, inclusive, en enfermedad de mas de treinta días, complementarán las prestaciones de los seguros de enfermedad y accidentes de trabajo, hasta el 100 por 100 del salario durante un plazo máximo de doce meses, a partir de la baja (...)”

²¹³ En sentido similar, véase también el CC de la empresa “Seguriber compañía de servicios integrales” (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa “Repsol Química, SA” (BOE de 9-3-2007), CC fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE de 18-1-2007), CC marco estatal de acción e intervención social (BOE de 19-6-2007), CC de la empresa “Inter Bon, SA” (BOE de 11-9-2007).

“Complemento por incapacidad temporal.

Durante los procesos de Incapacidad Temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional las empresas complementaran las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban en la

Seguridad Social hasta alcanzar el 100 por cien de su retribución en jornada ordinaria. Dicho complemento se abonará a partir del primer día hasta como máximo cumplirse dieciocho meses de haberse iniciado la situación I.T.

Durante los procesos de I.T. por enfermedad común o accidente no laboral que supongan hospitalización del que lo sufra, las empresas complementarán las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban de la Seguridad Social hasta alcanzar el 100 por cien de su retribución en jornada ordinaria a partir del primer día de baja hasta un máximo de dieciocho meses.

Durante los procesos I.T. por enfermedad común o accidente no laboral no previstos en el párrafo anterior las empresas complementarán las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban de la Seguridad Social según la siguiente escala:

Desde el primer día al tercero, ambos inclusive, hasta el 60 por ciento de su retribución.

Desde el cuarto día al vigésimo, ambos inclusive, hasta el 75 por ciento de su retribución.

Desde el vigésimo primer día hasta un máximo de doce meses desde la fecha de inicio de la I.T., hasta el 100 por cien de su retribución.

Para los comerciales el salario que se tendrá en cuenta es el garantizado además del plus de vinculación y, en su caso, el complemento de responsabilidad”.

O, en sentido similar, el artículo 28 del convenio colectivo marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 4 de septiembre de 2007):

“Artículo 28. Seguridad Social.

En caso de enfermedad o accidente de trabajo ambas representaciones acuerdan establecer un complemento a las prestaciones económicas de la Seguridad Social o del Seguro de Accidentes de Trabajo, en la siguiente cuantía:

a) En bajas por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, de hasta veinte días de duración, consistirá en el 30 por 100 de la base de cálculo de la prestación económica.

b) En bajas por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, de más de veinte días de duración, se completará hasta el 100 por 100 de la base del cálculo de la prestación económica durante la duración de la incapacidad temporal.

c) En bajas por incapacidad temporal por accidente de trabajo, enfermedad profesional u hospitalización, igualmente se completará hasta el 100 por 100 de la base del cálculo de la prestación económica.

Tales porcentajes se han fijado teniendo en cuenta que, en este momento, las prestaciones por incapacidad temporal debida a enfermedad común o accidente no laboral, hasta el vigésimo día son el 60 por 100 de la base de la cotización en la Seguridad Social en lugar del 75 por 100 como venía siendo”.

En otros casos, los menos, el convenio colectivo prevé que durante los tres primeros días solamente se cubrirá parcialmente del salario del trabajador, tal y como se contempla en el artículo 12 del convenio colectivo de la empresa “Albatros Alcázar Servicios Industriales” (BOE de 9 de febrero de 2007):

“Artículo 12. Complementos de incapacidad temporal.

1. Enfermedad común o accidente no laboral, la empresa complementará el salario del trabajador hasta el 100 por 100 del sueldo bruto más antigüedad excluyendo complementos por desempeño o puesto. Este complemento por IT se percibirá desde el primer día de la baja hasta la fecha de alta y siempre que se justifiquen estas bajas a través de los partes de incapacidad expedidos por la Mutua de Accidentes o la Seguridad Social.

Dicho complemento se aplicará siempre y cuando el nivel de absentismo sea inferior a un 3,5 %, en función de los datos reales obtenidos al final del año anterior del colectivo en su conjunto, descontados de dicho computo anual los casos de larga enfermedad entendiéndose como tales aquellos periodos superiores a 3 meses, una vez deducidos los supuestos que se contemplan en el párrafo anterior; la empresa cubrirá en caso de enfermedad y accidente no laboral, el 50% de los tres primeros días.

2. Accidente laboral, la empresa complementará el salario del trabajador hasta el 100 por 100 del sueldo bruto más antigüedad excluyendo complementos por desempeño o puesto. Este complemento se percibirá desde el primer día de la baja hasta la fecha de alta y siempre que se justifiquen estas bajas a través de los partes de incapacidad expedidos por la Mutua Accidentes”.

O supuestos en los que la mejora de la prestación no cubre los doce primeros días de baja por enfermedad común, tal y como sucede en el convenio colectivo del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 4 de septiembre de 2007).

De manera excepcional, el contenido de la prestación se anuda a la enfermedad que origina la incapacidad temporal. Tal es el caso del convenio colectivo estatal de las estaciones de servicio (BOE de 26 de marzo de 2007) anuda la cobertura a la naturaleza de la dolencia que impida la prestación de servicios. Así, el artículo 16 del referido convenio indica que:

“En los casos de incapacidad temporal para el trabajo por accidente, las empresas afectadas por este Convenio se comprometen a complementar las prestaciones de la Seguridad Social hasta alcanzar el importe del salario real del trabajador que cause baja por este motivo.

Y en caso de I.T. por enfermedad con hospitalización, las empresas complementarán hasta el 100 por 100 durante los 15 primeros días de dicha hospitalización.

En caso de I.T. por las enfermedades que a continuación se relacionan, las empresas complementarán hasta el 85 por 100 de la base de cotización en los días

comprendidos entre el decimoprimer o al vigésimo de baja, del vigésimo primero hasta un máximo de noventa días las empresas complementarán hasta el 100 por 100 de la base de cotización.

Las enfermedades a que hace referencia el párrafo anterior, son las que a continuación se relacionan, y tienen vigencia desde mayo de 1992: Pancreatitis agudas y agudizaciones de las crónicas. Enfermedad inflamatoria intestinal. Enfermedad de Crohn o colitis ulcerosa. Hepatitis aguda infecciosa. Hepatitis crónica activa. Cirrosis hepáticas en proceso de descompensación (revisar crónicas persistentes y agudas tóxicas). Déficit funcional de esqueleto axial con necesidad de rehabilitación. Hernia de disco. Fracturas óseas. Insuficiencia renal aguda. Insuficiencia renal crónica descompensada. Tuberculosis. Meningitis. Infarto agudo de miocardio. Angina de pecho –con más de un mes de evolución– en cambio Accidente cerebro-vascular agudo recuperable. Insuficiencia respiratoria aguda. Además, todas aquellas enfermedades que necesiten hospitalización y mientras dure la citada hospitalización, con los límites establecidos en el apartado 3.º (...).”

Finalmente interesa destacar que, a pesar de las consideraciones anteriores, es posible encontrar algunos convenios colectivos – pocos - que sitúan como objeto de dicho complemento de la prestación la garantía del mínimo que representa la base de cotización. Ya sea, el 100 por 100 de la base de cotización, ya sea un porcentaje superior al determinado legalmente. Así, a modo de ejemplo, el artículo 27 del convenio colectivo de la empresa “Aceralia Transformados” (BOE de 26 de febrero de 2007)²¹⁴:

“Complemento por Enfermedad o Accidente No Laboral.

La Empresa se compromete a seguir manteniendo el complemento en caso de Baja por Enfermedad o Accidente no Laboral, hasta alcanzar el 100 % de la Base de Cotización del trabajador/a, desde el primer día de baja.

La Empresa establecerá unos medios de control adecuados, con el fin de suprimir dicho complemento en los casos de falseamiento de datos, ocultación de situaciones, incumplimiento de prescripciones facultativas, simulación de enfermedad o prolongación de la misma.

Todos los casos de infracción deberán ser comunicados por escrito, tanto al trabajador/a como a la Representación Social, en la misma fecha”.

3. Las cláusulas sobre complementos de IT comunes para cualquier contingencia.

Ya quedó dicho más arriba que, aproximadamente, el 35% de las cláusulas convencionales que regulan prestaciones complementarias de IT establecen un régimen único para dichas mejoras; régimen que resulta de aplicación tanto a las situaciones de incapacidad derivada de accidente de

²¹⁴ En sentido similar, el CC la empresa “Seguriber Servicios Integrales” (BOE de 17-1-2007), CC del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 4-9-2007).

trabajo y enfermedad profesional como a las que tienen causa en el accidente no laboral y la enfermedad común.

Como seguramente se habrá advertido ya, el rasgo definidor de estas cláusulas es la tendencia a que la suma de la prestación de Seguridad Social y la mejora voluntaria se aproxime al salario que venía percibiendo el trabajador. En este sentido, un número significativo de convenios contemplan una remisión general a la retribución del trabajador. Así, es posible encontrar cláusulas que aluden al 100% del salario²¹⁵, al 100% del salario real²¹⁶, al 100% del salario fijo y ordinario²¹⁷, al 100% de la retribución mensual ordinaria²¹⁸, a la diferencia entre la prestación de la Seguridad Social y el sueldo que le correspondería de estar activo²¹⁹, a la diferencia entre la prestación de Seguridad Social y las retribuciones netas²²⁰, o, en fin, al importe íntegro de las retribuciones sujetas a cotización²²¹

A modo de ejemplo, el artículo 19 del convenio colectivo de “Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA” (BOE de 13 de junio de 2007):

“Artículo 19. Prestaciones complementarias por incapacidad temporal o maternidad.

1. Cuando el empleado se encuentre en situación de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional debida a enfermedad o accidente, sea o no sea laboral, la empresa abonará la diferencia entre la prestación que reciba del régimen general de la seguridad social y el sueldo que le correspondería de estar en activo de conformidad con lo que establece el convenio general de seguros. Si percibiera o tuviera derecho a percibir algún subsidio o indemnización por parte de la seguridad social, sólo abonará la empresa la diferencia entre la indemnización que le corresponda por cualquiera de estos conceptos y los ingresos netos del empleado en servicio activo.

2. El empleado con derecho a percibir prestación por parte de la seguridad social que incurra en falta que le prive de tal derecho, perderá también automáticamente el de percibir la parte suplementaria a cargo de la empresa.

3. En caso de faltas habituales al trabajo debidas a enfermedad, no superior a tres días de duración, sin aportación del justificante médico correspondiente, aún no incurriendo en los porcentajes establecidos en el apartado d) del artículo 52 del

²¹⁵ CC de la empresa “British American Tobacco España” (BOE de 11-9-2007).

²¹⁶ CC de la empresa “Hertz” (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa “Comercial Farmacéutica” (BOE de 10-9-2007).

²¹⁷ CC de la empresa “Ediciones B, SA” (BOE de 11-9-2007).

²¹⁸ CC estatal de centros de asistencia y educación infantil.

²¹⁹ CC de la empresa “Allianz, Compañía de Seguros (BOE de 31-1-2007), CC de la empresa “Pzifer Consumer Healthcare S Comp. A” (BOE de 12-4-2007), CC del grupo Generali (BOE.10-4-2007).

²²⁰ CC de la empresa “Lufthansa Cargo, AG” (BOE de 23-3-2007).

²²¹ CC “Centro Farmacéutico” (BOE de 18-6-2007).

estatuto de los trabajadores, la empresa minorará las cantidades que a su cargo debiera satisfacer, como complemento a la prestación por incapacidad laboral transitoria, de acuerdo con la siguiente escala:

A la tercera ausencia: 25 %.

A la cuarta ausencia: 50 %.

A partir de la quinta ausencia: 100 %.

Se considera que existe falta habitual al trabajo, cuando concurran los supuestos, a tal efecto, establecidos en el propio artículo 52 del estatuto de los trabajadores”.

En otros casos, los menos, se especifica qué complementos formarán el 100% del salario real, que incluye el salario base, el complemento personal, la antigüedad y los incentivos²²²; o el 100% del salario base, de la antigüedad y el plus convenio²²³.

Valga por todos, a modo de ejemplo, el artículo 27 del convenio colectivo de la empresa “Hijos de la Rivera, SA” (BOE de 4 de septiembre de 2007), según el cual:

“Artículo 27. Complementos de indemnización.

1. Todo el personal de la plantilla de la Empresa percibirá en caso de incapacidad temporal y hasta el agotamiento de las prestaciones de la Seguridad Social, la diferencia entre lo que le corresponde percibir por el régimen de Seguridad Social y la retribución base más antigüedad y plus de convenio que tuviera asignada al tiempo de contraer la enfermedad o sufrir el accidente.

2. Asimismo, el personal de la Empresa percibirá durante la prórroga especial de la incapacidad temporal (de 18 a 30 meses) la cantidad de 95,98 euros mensuales”.

Así las cosas, los límites a la acción social de la empresa en la mayoría de estas cláusulas vienen determinados por la extensión temporal de la obligación empresarial. Efectivamente, y esta la segunda de las características comunes a este tipo de cláusulas, puede advertirse una notable tendencia a establecer una duración máxima de la obligación empresarial: tres meses²²⁴, tres meses iniciales y un mes más por cada trienio de antigüedad²²⁵, nueve meses²²⁶, dieciocho meses²²⁷, dieciocho meses tras los cuales se reduce el complemento al 90%²²⁸,

²²² CC de la empresa “Electrolux Home Products España, SA” (BOE de 11-9-2007).

²²³ CC de la empresa “Hijos de la Rivera, SA” (BOE de 4-9-2007).

²²⁴ CC estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007), CC estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 28-10-2007).

²²⁵ CC de empresas de enseñanza privada sostenidos total o parcialmente por fondos públicos (BOE de 17-1-2007).

²²⁶ CC de la empresa “González Fierro, SA” (BOE de 3-5-2007).

²²⁷ CC de la empresa “Centro Farmacéutico” (BOE de 28-6-2007).

²²⁸ CC del grupo de empresas Generali (BOE de 10-4-2007).

tres años o hasta la declaración de incapacidad permanente²²⁹. O a partir de los 30 días de baja y hasta los 120 días, tal y como se contempla en el artículo 21 del convenio colectivo de la empresa “Fernando Buil SA” (BOE de 15 de enero de 2007)²³⁰:

“Artículo 21. Incapacidad Temporal.

La empresa complementará las prestaciones de la Seguridad Social que perciban sus trabajadores en situación de Incapacidad Temporal (I.T.) hasta el total de la base de cotización del mes anterior, a partir de los treinta días de la baja y hasta los ciento veinte días.

No obstante, los trabajadores afectados por este Convenio, que se encuentren en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea la causa determinante, la Empresa abonará al trabajador un complemento hasta cubrir el 100% del salario base más Plus Personal Consolidado a partir del tercer día y hasta los treinta días”.

B. La extensión temporal de las mejoras voluntarias de incapacidad temporal.

Aproximadamente el 50% de las cláusulas convencionales que mejoran las prestaciones de incapacidad temporal incluyen alguna referencia a la extensión temporal de la obligación empresarial. Una parte significativa de ellos, para indicar que la obligación empresarial de abonar el complemento de la prestación se iniciará con la fecha de la incapacidad. Efectivamente, son mayoritarios los convenios colectivos que explicitan que la complemento de la prestación de IT se percibirá desde la fecha de la baja. Así, a modo de ejemplo, puede verse el artículo 62 del II convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2007)²³¹:

“Artículo 62. Complemento por incapacidad temporal.

Durante los procesos de Incapacidad Temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional las empresas complementaran las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban en la Seguridad Social hasta alcanzar el 100 por cien de su retribución en jornada ordinaria. Dicho complemento se abonará a partir del primer día hasta como máximo cumplirse dieciocho meses de haberse iniciado la situación I.T.

²²⁹ CC de la empresa “Wincor-Nixdorf SLU” (BOE de 12-4-2007).

²³⁰ CC de la empresa “Fernando Buel, SA” (BOE de 15-1-2007).

²³¹ Vid., además, entre otros, CC fabricación de alimentos para animales (BOE de 18-1-2007), CC de la empresa “Alabtros Alcázar Servicios Industriales” (BOE de 9-2-2007), CC de la empresa “Mobiliario Urbano, SUL” (BOE de 8-3-2007), CC “Repsol Química” (BOE de 8-3-2007), CC de la “Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas” (BOE de 12-4-2007), CC de la empresa “Multiprensa y Mas, SL” (BOE de 20-4-2007), CC marco estatal de acción e intervención social (BOE de 19-6-2007), CC de las “Delegaciones Comerciales de Helados y Pastas” (BOE de 1-9-2007), CC de la empresa “inter Bon, SA” (BOE de 11-9-2007), CC “Sanyo España” (BOE de 14-9-2007).

Durante los procesos de I.T. por enfermedad común o accidente no laboral que supongan hospitalización del que lo sufra, las empresas complementarán las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban de la Seguridad Social hasta alcanzar el 100 por cien de su retribución en jornada ordinaria a partir del primer día de baja hasta un máximo de dieciocho meses.

Durante los procesos I.T. por enfermedad común o accidente no laboral no previstos en el párrafo anterior las empresas complementarán las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban de la Seguridad Social según la siguiente escala:

Desde el primer día al tercero, ambos inclusive, hasta el 60 por ciento de su retribución.

Desde el cuarto día al vigésimo, ambos inclusive, hasta el 75 por ciento de su retribución.

Desde el vigésimo primer día hasta un máximo de doce meses desde la fecha de inicio de la I.T., hasta el 100 por cien de su retribución.

Para los comerciales el salario que se tendrá en cuenta es el garantizado además del plus de vinculación y, en su caso, el complemento de responsabilidad”.

Solamente de manera excepcional, en algunos casos, se excluyen los primeros días de baja por incapacidad. Situaciones que acostumbra a asociarse a la IT derivada de accidente no laboral o enfermedad común. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 20 del convenio colectivo de la empresa “Instituto Técnico de Materiales y Construcción” (BOE de 19 de abril de 2007)²³²:

“Artículo 20. Baja por incapacidad.

En el supuesto de baja por incapacidad temporal, debida a enfermedad común o accidente no laboral, la empresa se obliga a completar la prestación económica correspondiente hasta el 100% de su sueldo base y complementos salariales, excluidos los de vencimiento superior a un mes, desde el día 31 inclusive de la baja.

En caso de necesitar hospitalización, la empresa abonará desde el primer día el 100%.

En caso de enfermedad profesional o accidente laboral, la empresa se obliga desde el primer día a completar hasta el 100% de la base reguladora”.

Junto con ello, son mayoritarios los convenios colectivos que vienen a establecer un límite temporal máximo a la obligación de abonar la prestación complementaria. En este sentido, debe constatar, en primer lugar, una notable diferencia según se trate de cláusulas que contemplan un régimen único y común para todos los supuestos de incapacidad, de aquellas otras que establecen diferencias según se trate de incapacidad derivada de contingencias comunes o profesionales.

²³² En sentido similar, XV CC estatal de empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable (BOE de 12-1-2007).

Tal y como acaba de verse, respecto de las cláusulas que establecen una regulación común de la mejora voluntaria para todos los supuestos de incapacidad temporal se advierte una tendencia a establecer un límite que se encuentra lejos de los dieciocho meses, que constituyen el plazo máximo de la prestación con la prórroga de seis meses cuando se presume que el trabajador puede ser dado de alta.

En relación con el resto de las cláusulas, esto es, las que establecen regímenes jurídicos diferenciados según la causa que motiva la baja temporal, debe decirse que la duración máxima del complemento de la prestación suele asimilarse a los dieciocho meses. Especialmente cuando se trata de bajas derivadas de contingencias profesionales. Así, sirva de ejemplo, el artículo 58 del convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados (BOE de 22 de octubre de 2007)²³³:

“Artículo 58. Prestaciones complementarias por incapacidad temporal.

Los empresarios afectados por el presente Convenio abonarán a sus trabajadores, cuando se encuentren en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente, común o laboral, justificada mediante los oportunos partes médicos del Servicio Público de Salud, la diferencia entre la prestación económica que reciban del Régimen General de la Seguridad Social y la retribución que percibirían de la Empresa al estar prestando sus servicios normalmente, durante un período máximo de dieciocho meses.

Si el trabajador no tuviera derecho a la prestación económica por incapacidad temporal la Empresa abonará el 50% de la retribución antes señalada.

En ningún caso el complemento a cargo de la Empresa durante la situación de incapacidad temporal del trabajador podrá suponer para éste percepciones en su conjunto superiores a las que le corresponderían de estar prestando servicios normalmente”.

En algunos casos se contempla que el complemento de la prestación se abonará hasta el límite legal máximo establecido – los treinta meses –, si bien se acostumbra a añadir la reducción del importe del complemento para estos supuestos de prórroga de la situación de incapacidad. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 37 del convenio colectivo de la empresa “Nuclenor SA” (BOE de 4 de mayo de 2007)²³⁴:

“(…) b) Prórroga de la Incapacidad Temporal (después de 18 meses).

Se abonará la diferencia existente entre el 80 por 100 del salario regulador y el importe de la prestación que la Seguridad Social o Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo le otorguen por la citada contingencia. Este porcentaje

²³³ Vid. asimismo, entre otros, CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13-1-2007), CC del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (BOE de 26-2-2007).

²³⁴ En sentido similar, vid. CC de la empresa “Bridgestone Hispania, SA” (BOE de 15-6-2007), CC del grupo de empresas formado por “Altadis, SA y Logista, SA” (BOE de 26-9-2007).

será del 100 por 100 en caso de que la incapacidad temporal se haya producido como consecuencia de accidente de trabajo.

Los trabajadores enfermos quedan obligados a permitir la visita e inspección en su domicilio del personal del Servicio Médico de la Empresa, que podrá ir acompañado del facultativo que estime oportuno. La negativa a permitir estas visitas domiciliarias podría producir la pérdida de este beneficio”.

Aunque también encontramos un buen número de supuestos en los que el complemento se limita a los 12 meses posteriores a la incapacidad, dieciocho meses en el caso de contingencia profesional y doce para las incapacidades derivadas de contingencias comunes²³⁵, doce meses iniciales ó dieciocho si es precisa la hospitalización²³⁶, diez días o doce meses, solamente en los casos de enfermedad grave de larga duración²³⁷.

Frente a ello, no son tan numerosos los supuestos que contemplan una duración del complemento inferior a los 12 meses. Así, por ejemplo, en algunos casos se reduce a diez días²³⁸, noventa días²³⁹, sesenta días para los supuestos de IT derivada de accidente no laboral o enfermedad común²⁴⁰.

C. El control indirecto del absentismo a través de las mejoras voluntarias de incapacidad temporal.

No son extraños los convenios colectivos que vinculan el disfrute de la mejora voluntaria de incapacidad temporal a la reducción del absentismo en la empresa. En este sentido, se advierte una notable tendencia a vincular el disfrute de los complementos de prestaciones por incapacidad al nivel de absentismo en la empresa. Como se habrá deducido ya, la mayoría de estas cláusulas se encuentran en la negociación colectiva empresarial y tienen por objeto reducir el absentismo derivado de contingencias comunes.

Son dos los modelos que podemos identificar en la negociación colectiva. En primer lugar, aquellas cláusulas en las que el derecho al disfrute de la prestación complementaria se hace depender de que el nivel de absentismo colectivo en la empresa no supere el límite máximo establecido en convenio colectivo²⁴¹. Así, el artículo 50 del convenio colectivo de la empresa “Gallina

²³⁵ CC del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (BOE de 26-2-2007).

²³⁶ I CC de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007).

²³⁷ VI CC de los “Centros Especiales de Empleo ATAM” (BOE de 23-2-2007).

²³⁸ CC para el sector del corcho (BOE de 9-9-2007).

²³⁹ CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007).

²⁴⁰ CC de la empresa “Seguriber Compañía de Servicios Integrales” (BOE de 17-1-2007).

²⁴¹ De forma excepcional el artículo 57 del III CC General estatal del corcho (BOE de 9-1-2007) prevé, acumulativamente, el nivel de absentismo colectivo e individual: “ (...) 2.º Complementos de Incapacidad temporal. La empresa complementará desde el primer día el salario del trabajador en situación de incapacidad temporal, hasta el 100 % del mismo, en los siguientes supuestos:

Blanca, SA" (BOE 2 de octubre de 2007) permite ilustrar, a modo de ejemplo, la vinculación entre absentismo y disfrute del complemento de la prestación de IT²⁴²:

"(...) La situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral que sea objeto de internamiento en institución hospitalaria y cuya duración sea superior a veinticuatro horas, dará derecho a una prestación económica que, adicionada a la correspondiente de la Seguridad Social, alcance un total del 100 % del salario real del trabajador/a y promedio de prima, en su caso, percibidos durante los últimos treinta días. La indicada prestación será abonada durante un periodo máximo de treinta días, reservándose la dirección la facultad de comprobar la veracidad de la razón que justifique dicha prestación. Cuando el índice medio de absentismo derivado de enfermedad común o accidente no laboral sea, durante la vigencia del presente convenio, igual o inferior al 4,5%, a la persona en situación legal de baja por I.T. derivada de enfermedad común o accidente no laboral, se le concederá una prestación complementaria que, adicionada a la reglamentaria de la Seguridad Social, le asegure el 100% del salario correspondiente a los conceptos: salario básico de nivel, complemento ad personam vinculación (C.A.P.V.), si lo hubiere, y plus de nocturnidad en su caso, correspondientes al mes en que se produzca la baja y durante el tiempo que la Seguridad Social abone la prestación por esa situación (...)".

En segundo lugar, es posible identificar un segundo modelo en el que el nivel de absentismo determina el contenido de la prestación complementaria. De este modo, de superarse el porcentaje de absentismo fijado en el convenio colectivo se reduce el importe de la mejora voluntaria de IT. Tal es el caso del artículo 65 del convenio colectivo de la empresa "Saint Gobain Vicasa" (BOE 10 de septiembre de 2007)²⁴³:

"Artículo 65. Prestación en I. T. por enfermedad común o accidente no laboral.

a) Cuando la incapacidad temporal derive de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, siempre que el índice de absentismo derivado de IT por accidente de trabajo o enfermedad profesional no supere el 2,5 % colectivamente en la empresa y el 5 % individualmente. Estos porcentajes se calcularán en base al absentismo antes indicado correspondiente al año inmediatamente anterior y tomando como base para el año 2007 los índices del año 2006.

Estos índices serán publicados en el tablón de anuncios de la empresa y remitidos a la comisión paritaria durante el mes de enero de cada año natural.

El incumplimiento de este requisito comportará el abono del 100 % sin tener en cuenta los índices anteriormente expresados hasta que se dé cumplimiento a tal requisito".

²⁴² En el mismo sentido, pueden verse también CC empresa "Albatros Alcázar Servicios Industriales" (BOE de 9-2-2007), CC de la empresa "Nuclenor, SA" (BOE de 4-5-2007), CC de la empresa "Mobiliario Urbano, SUL" (BOE de 8-3-2007), CC de la empresa "Inter Bonn" (BOE de 11-9-2007), CC general del sector de derivados del cemento (BOE de 18-10-2007).

²⁴³ En sentido similar, CC "Repsol Química" (BOE de 9-3-2007).

a) Criterios generales: En estas circunstancias las cantidades a abonar por la Empresa serán de las cuantías que para cada Centro se especifican, y en función del Índice de Absentismo Trimestral alcanzado asimismo en cada Centro.

El pago se efectuara por trimestres vencidos, y se devengara durante el tiempo en que la Seguridad Social abone prestaciones por Incapacidad Temporal. Igualmente se abonara el citado complemento en caso de que, tras la prorroga de I. T. no sea concedida la Incapacidad.

Para la obtención del Índice de Absentismo, se aplicara la siguiente formula:

Índice Absentismo Trimestre = $100 \times (\text{Horas Perdidas} / \text{Horas Previstas Trabajar})$

entendiendo que:

Horas Perdidas: Son todas las dejadas de trabajar por enfermedad (enfermedad común y accidente no laboral), y accidentes (accidente laboral y enfermedad profesional), por el personal afectado por el convenio.

Horas Previstas para Trabajar: Son todas las trabajadas, y además las dejadas de trabajar ya sea por I. T., permisos; licencias; huelga; etc., por el personal afectado por el convenio (...)"

En cuanto al porcentaje de absentismo establecido, depende en gran medida de las circunstancias concretas de cada empresa. Así, el nivel de absentismo se fija en 2,5%²⁴⁴; 2,6%²⁴⁵; 3%²⁴⁶; 3,5%²⁴⁷; 4,5%²⁴⁸; 4,75%²⁴⁹; 6%²⁵⁰.

En todo caso, merece destacarse que la mayor parte de cláusulas que vinculan la mejora voluntaria con la reducción del absentismo en la empresa incluyen una especificación de las ausencias que deberán o no computarse a los efectos de establecer el índice de absentismo en la empresa. En este sentido, cuando el absentismo se vincula únicamente a los complementos de IT derivada de contingencias comunes se incluyen la totalidad de ausencias derivadas de accidente no laboral o enfermedad común; mientras que en los supuestos en los que del índice de absentismo se hace depender cualquier tipo de prestación complementaria de IT también se computan dentro de aquél las ausencias derivadas de accidente de trabajo.

Ejemplifican lo antedicho, por una parte, el artículo 111 del convenio colectivo General de derivados del cemento (BOE de 2 de octubre de 2007):

"(...) 2. Complemento por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral.

²⁴⁴ CC sector del corcho (BOE de 9-1-2007).

²⁴⁵ CC de la empresa "Mobiliario Urbano SUL" (BOE de 8-3-2007).

²⁴⁶ CC General del sector de derivados del cemento (BOE de 18-10-2007).

²⁴⁷ CC de la empresa "Albatros Alcázar Servicios Industriales" (BOE de 9-2-2007).

²⁴⁸ CC de la empresa "Gallina Blanca, SA" (BOE de 2-10-2007).

²⁴⁹ CC de la empresa "Inter Bonn" (BOE de 11-9-2007).

²⁵⁰ CC de la empresa "Nuclenor, SA" (BOE de 4-5-2007).

A) Si el índice de absentismo definido en el párrafo b) de este artículo fuera igual o inferior al 3% tomando la media de los 12 meses anteriores al período que se liquida más la del propio mes de liquidación (media 12 meses + índice del mes) / 2, los trabajadores que se encuentren en situación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, o accidente no laboral, percibirán un complemento hasta alcanzar el 100% de la base reguladora en los términos indicados en el párrafo anterior a partir del decimosexto día de la baja y mientras dure tal situación. En los supuestos de hospitalización, se abonará el 100% desde el primer día.

B) Se entenderá por absentismo la falta al trabajo por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral y será el resultado de la fórmula siguiente:

$$\text{Absentismo} = (\text{Horas de ausencia por IT derivadas de enfermedad común o accidente no laboral del periodo considerado} / \text{Horas teóricas laborales del periodo considerado por número de trabajadores de plantilla}) \times 100 (\dots)$$

Y, por otro, el artículo 28 del convenio colectivo de la empresa “Inter Bonn, SA” (BOE de 11 de septiembre de 2007):

“Artículo 28.º Enfermedad común y accidente no laboral.

Siempre que el índice mensual de absentismo, inmediato anterior, sea inferior o igual al 4,75%, el trabajador/trabajadora que se encuentre en ésta situación laboral, en la primera baja y sucesivas, cobrará desde el primer día el 100 por 100 sobre la base de cotización del mes anterior a la baja, con cargo a la empresa hasta el décimo día, y a partir del decimoprimer día, correrá a cargo del Fondo Social.

En caso de que el índice de absentismo mensual inmediato anterior sea superior al 4,75%, el trabajador/trabajadora que se encuentre en esta situación cobrará el 100 por 100 sobre la base de cotización del mes anterior desde el sexto día, con cargo al Fondo Social.

Para el cálculo de las pagas extraordinarias se tendrán en cuenta los días que el trabajador/trabajadora ha permanecido en esta situación. En la fórmula a aplicar para el cálculo del índice mensual entrarán los siguientes conceptos:

Accidente laboral.

Enfermedad Común.

Accidente no laboral. (...)”

III. El control empresarial de la situación de incapacidad temporal y los complementos de la prestación.

Únicamente una tercera parte de los convenios colectivos que reconocen mejoras de la prestación de incapacidad incluyen expresamente algún mecanismo de control del estado de salud del beneficio del complemento de la prestación. En este sentido, debe recordarse que el artículo 20.4 del TRLET recoge expresamente la facultad empresarial “de verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador alegado por éste para justificar sus faltas

de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico". Asimismo, el precepto estatutario añade que la negativa a tales controles implicará la suspensión del disfrute del eventual complemento de prestación que tuviera reconocido el trabajador.

Tal y como se desprende del referido precepto estatutario, la verificación del estado de salud o enfermedad no constituye una revisión del diagnóstico del facultativo que trata al trabajador, sino la mera comprobación de la inaptitud del mismo para desarrollar la prestación; inaptitud que justifica la suspensión del contrato. Es precisamente dicha finalidad la que servirá para determinar los límites de la intervención sobre el empleado: su función no es la de una revisión general del estado de salud, ni está destinada a restablecer su estado de salud, sino únicamente tiene por objeto comprobar la capacidad para desarrollar la prestación. En definitiva, la adopción de medidas destinadas a verificar el estado de enfermedad del trabajador se circunscribe a los límites necesarios para asegurar que el empleado no puede desarrollar la prestación contratada.

La mayor parte de convenios colectivos se limitan a recordar, con distintas formulaciones, las facultades empresariales de controlar el estado de salud del trabajador en situación de baja por incapacidad con diferentes formulaciones:

a) En algunos casos se recuerda, en los términos del artículo 20.4 del TRLET que los trabajadores deberán prestarse a los reconocimientos médicos establecidos por la empresa. Tal es caso del artículo 26 del XV del convenio colectivo estatal de las empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contables (BOE de 12 de enero de 2007)²⁵¹:

"(...)3. Los empleados están obligados, salvo imposibilidad manifiesta y justificada, a cursar la baja de la Seguridad Social dentro de las cuarenta y ocho horas. Habrán de prestarse también a ser reconocidos por el médico que designe la empresa, al objeto de que éste informe sobre la imposibilidad de prestar servicio. La resistencia del empleado a ser reconocido establecerá la presunción de que la enfermedad es simulada. En caso de discrepancia entre el médico de la empresa y el empleado, se someterá la cuestión a la Inspección Médica de la Seguridad Social, cuyo dictamen será decisivo."

b) En otros casos, se remite directamente al precepto estatutario, tal y como sucede en el artículo 53 del VII convenio colectivo de Repsol Petróleo (BOE 12 de febrero de 2007)²⁵²:

²⁵¹ CC de las "Delegaciones Comerciales de Helados y Pastas" (BOE de 1-9-2007), CC de la empresa "Outsourcing Prevención" (BOE de 13-10-2007).

²⁵² CC Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair (BOE de 27-9-2007).

“(…) 6. Será de aplicación lo establecido en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores”.

c) También encontramos convenios colectivos en los que con carácter general se atribuye a la empresa la facultad general de la empresa de comprobar la evolución de la situación de enfermedad o accidente del trabajador. Así sucede en el artículo 28 del convenio colectivo de “Hijos de la Rivera, SA” (BOE de 4 de septiembre de 2007):

“Artículo 28. Comprobación de situación.

Durante el transcurso de la situación de incapacidad temporal, la Empresa podrá comprobar la evolución de la misma y, si se apreciara que el trabajador dado de baja no observa las normas prescritas para su curación o hace simulación orientada a prolongar indebidamente la situación de baja, se le privará de los beneficios que se establecen en el artículo anterior, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de otro orden en que pueda estar incurso”.

d) O, en fin, en algún convenio colectivo se refieren a “controles adecuados” con el fin de combatir el fraude o falseamiento de situaciones. Así sucede en el artículo 27 del convenio colectivo de “Aceralia Transformados” (BOE de 26 de febrero de 2007):

Artículo 27. Complemento por Enfermedad o Accidente No Laboral.

La Empresa se compromete a seguir manteniendo el complemento en caso de Baja por Enfermedad o Accidente no Laboral, hasta alcanzar el 100 % de la Base de Cotización del trabajador/a, desde el primer día de baja.

La Empresa establecerá unos medios de control adecuados, con el fin de suprimir dicho complemento en los casos de falseamiento de datos, ocultación de situaciones, incumplimiento de prescripciones facultativas, simulación de enfermedad o prolongación de la misma.

Todos los casos de infracción deberán ser comunicados por escrito, tanto al trabajador/a como a la Representación Social, en la misma fecha.

Junto con ello son de destacar también un significativo número de convenios colectivos que atribuyen a la Mutua el seguimiento de la evolución del estado de salud del trabajador. Así sucede en el artículo 12 del convenio colectivo de la empresa “Albatros Alcázar Servicios Industriales” (BOE de 9 de febrero de 2007)²⁵³:

Artículo 12. Complementos de incapacidad temporal.

1. Enfermedad común o accidente no laboral, la empresa complementará el salario del trabajador hasta el 100 por 100 del sueldo bruto más antigüedad excluyendo complementos por desempeño o puesto. Este complemento por IT se

²⁵³ En sentido similar, CC de la empresa “Multiprensa y Mas, SL” (BOE de 20-4-2007).

percibirá desde el primer día de la baja hasta la fecha de alta y siempre que se justifiquen estas bajas a través de los partes de incapacidad expedidos por la Mutua de Accidentes o la Seguridad Social.

Como se acaba de indicar, en algunos de los supuestos se especifica el contenido de la facultad de control empresarial sobre la situación de incapacidad laboral del trabajador; o lo que es lo mismo, el deber de éste de sujetarse a la verificación del estado de salud. En este punto debe tenerse en cuenta que la verificación del estado de salud no sólo afecta directamente a su intimidad, sino que también puede comprometer otros derechos fundamentales como la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. En este sentido, debe tenerse en cuenta que nada se prevé en la normativa acerca de las limitaciones que deriven del lugar en el que deba ejercerse la medida de control empresarial, de modo que hipotéticamente podría llevarse a cabo, bien en el domicilio del trabajador, bien en el establecimiento que el empleador habilite para practicar las medidas de verificación de la salud. En atención a la relevancia constitucional del domicilio, parece lógico pensar que deberá darse preferencia a las medidas de verificación que no impliquen presencia de las personas designadas por el empresario en el domicilio del trabajador. Ahora bien, ello tiene un límite lógico: el estado de enfermedad alegado por el trabajador.

En la negociación colectiva encontramos distintas medidas de verificación del estado de salud/enfermedad del trabajador. Así, en algunos convenios colectivos se impone la obligación de acudir semanalmente a los servicios médicos de empresa, como ejemplifica el artículo 29 del convenio colectivo de “Aceralia Construcción de Obras SL” (BOE de 14 de marzo de 2007)²⁵⁴:

“Artículo 28.º Bajas médicas.

Toda baja por enfermedad o accidente deberá ser comunicada obligatoriamente al servicio médico de empresa dentro del horario de dicho servicio y siempre dentro de las 24 horas de ocurrida la baja.

Será obligatorio para la percepción del complemento salarial la presentación, bien del parte de baja oficial o del justificante de nuestro servicio médico, sea cual fuere la duración de esta baja.

Quienes estuviesen de baja y pudiesen salir de su domicilio deberán acudir las mañanas de los jueves de cada semana a nuestro servicio médico.

Quienes no pudieran salir de su domicilio informarán de su estado, bien por teléfono o por medio de algún familiar, los jueves a la misma hora. Será obligatorio, además, entregar el parte de confirmación oficial extendido por el

²⁵⁴ Idéntica formulación es la contemplada en el CC “Acerlor Construcción España, SA” (BOE de 14-3-2007).

médico de cabecera o por la compañía de seguros, en caso de accidente, siempre que la baja exceda de dos semanas.

Al ser dado de alta deberá entregar el correspondiente parte al servicio médico en las horas de consulta y en el mismo día de comenzar a trabajar”.

En otros convenios, la obligación consiste en facilitar la información requerida por la empresa, telefónicamente o por medio de un visitador: artículo 6 del convenio colectivo de “Lufthansa Cargo AG” (BOE de 23 de marzo de 2007):

“6.1.3 El empleado que incurriera en incapacidad temporal debe cumplir los siguientes requisitos:

a) Notificación telefónica inmediata a su inmediato superior.

b) Confirmación de la ausencia temporal de su puesto de trabajo, con indicación de la posible fecha de su reincorporación.

c) Facilitación de la información requerida por la empresa, telefónicamente o por medio de un visitador.

d) Presentación del parte de baja oficial durante la incapacidad y del parte de alta al reincorporarse”.

Otras fórmulas - de cuya legalidad, por las razones antedichas, podría dudarse - son las que imponen, de forma incondicionada el reconocimiento médico en el domicilio del trabajador, tal y como se desprende, por ejemplo, del artículo 37 del convenio colectivo de “Nuclenor, SA” (BOE de 4 de mayo de 2007):

“(…) Los trabajadores enfermos quedan obligados a permitir la visita e inspección en su domicilio del personal del Servicio Médico de la Empresa, que podrá ir acompañado del facultativo que estime oportuno. La negativa a permitir estas visitas domiciliarias podría producir la pérdida de este beneficio.”

Finalmente merece destacarse que son escasos los convenios colectivos los que establecen mecanismos de participación de los trabajadores en el control del absentismo, en general, y de las situaciones de fraude en particular. Entre las excepciones se cuenta el artículo 21 del convenio colectivo de “Sanyo España SAU” (BOE de 14 de septiembre de 2007)²⁵⁵:

“Artículo 21. Enfermedad y accidente.

1. Durante la vigencia del presente Convenio, en los casos de baja temporal por accidente de trabajo y enfermedad común o profesional, la Empresa abonará en dichos supuestos el 100 por 100 del Salario Puesto Trabajo y Antigüedad al trabajador afectado desde el primer día de la misma.

²⁵⁵ CC de la empresa “Euro Deport SA” (BOE de 23-10-2007).

2. En evitación de fraudes y abusos en la situación prevista en el párrafo anterior, la Empresa y el Comité de Empresa establecerán el adecuado sistema de vigilancia y control (...)."

IV. Conclusiones.

1ª) Han desaparecido de la negociación colectiva las diferenciaciones subjetivas derivadas de la antigüedad o de la modalidad contractual en el acceso a las prestaciones complementarias de IT. No obstante, de forma excepcional, todavía pueden encontrarse cláusulas convencionales que, de forma poco justificada, vinculan el contenido material del complemento de la prestación a la antigüedad del trabajador.

2ª) La mayoría de los convenios colectivos establece un régimen jurídico diferenciado para las prestaciones complementarias de IT, según se trate de bajas derivadas de contingencias comunes o de contingencias profesionales.

Solamente en los convenios colectivos de empresa se advierte un tratamiento unitario de todas las situaciones de IT a los efectos de su mejora. El rasgo definidor de estas cláusulas es la tendencia a que la suma de la prestación de Seguridad Social y la mejora voluntaria se aproxime al salario que venía percibiendo el trabajador. Así, en estos casos los límites a la acción social de la empresa vienen determinados por la extensión temporal de la obligación empresarial.

3ª) La delimitación del contenido material del complemento de la prestación de IT adolece, en numerosas ocasiones, de falta de precisión. En este sentido, la identificación más precisa del contenido de la garantía permitiría reducir la litigiosidad en torno a la cuestión.

4ª) Se observa cierta tendencia en los convenios colectivos de empresa a relacionar, bien el acceso a la mejora voluntaria de IT, bien su contenido, con el propósito de reducir el nivel de absentismo.

5ª) En este sentido, se echan en falta mecanismos que incentiven la participación de los trabajadores en la adopción de medidas destinadas a controlar el eventual fraude en las situaciones de Incapacidad Temporal.

B) MATERNIDAD

I. Las mejoras voluntarias relacionadas con la maternidad en la negociación colectiva.

Ya de entrada es preciso remarcar el escaso número de convenios colectivos que contemplan la posibilidad de mejorar las prestaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia. Escasamente el 20% de los convenios colectivos que reconocen algún tipo de prestación complementaria de IT incluyen, asimismo, la mejora de las prestaciones de maternidad. A modo de ejemplo, puede verse el CC estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9 de enero de 2007)²⁵⁶:

“Artículo 55. Incapacidad temporal.

En los supuestos de incapacidad temporal y de suspensión del contrato por maternidad y durante los tres primeros meses, se abonará al trabajador el complemento necesario para alcanzar el 100% de la retribución mensual ordinaria que le correspondería de haber podido desarrollar sus actividades laborales. En caso de continuar la incapacidad se abonará un mes más si tiene consolidado un trienio de antigüedad.

Cuando en un mismo curso académico un trabajador se encuentre de incapacidad temporal y baja por maternidad, o esta última sea continuidad de la anterior, el complemento establecido en el párrafo anterior será abonado por uno de los dos supuestos anteriores”.

Por el contrario, son minoritarios y excepcionales los convenios colectivos que, sin contener mejoras voluntarias en materia de IT, regulan un

²⁵⁶ Otro ejemplo que permite ilustrar esta tendencia es, por ejemplo, el CC de la empresa “Fénix Directo, Seguros y Reaseguros, SA” (BOE de 13-6-2007): “*Prestaciones complementarias por incapacidad temporal o maternidad. 1. Cuando el empleado se encuentre en situación de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional debida a enfermedad o accidente, sea o no sea laboral, la empresa abonará la diferencia entre la prestación que reciba del régimen general de la seguridad social y el sueldo que le correspondería de estar en activo de conformidad con lo que establece el convenio general de seguros. Si percibiera o tuviera derecho a percibir algún subsidio o indemnización por parte de la seguridad social, sólo abonará la empresa la diferencia entre la indemnización que le corresponda por cualquiera de estos conceptos y los ingresos netos del empleado en servicio activo.(...)*”

En sentido similar, véanse también, CC de la empresa “Allianz, Compañía de Seguros SA” (BOE de 31 de enero de 2007), CC de la empresa “Pzifer Consumer Healthcare S Comp A” (BOE de 12 de abril de 2004), CC del grupo de empresas “Generali” (BOE de 10 de abril de 2007), CC de la empresa “Telefónica Soluciones Informáticas” (BOE de 10 de abril de 2007), CC marco estatal de acción e intervención social (BOE de 19 de junio de 2007), CC de la empresa “Repsol Petróleo, SA” (BOE de 12 de febrero de 2007), CC del grupo de empresas formado por Altadis, SA y Logista, SA (BOE de 26 de septiembre de 2007).

complemento para los supuestos de maternidad. Así sucede, por ejemplo, en CC de la “Sociedad General de Autores y Editores” (BOE de 23 de marzo de 2007)²⁵⁷. Como se verá más abajo, esta escasa autonomía de la prestación de maternidad respecto de la IT incide directamente en la regulación del contenido de la prestación complementaria.

Por otra parte, merece destacarse también que la práctica totalidad de los convenios colectivos que regulan complementos relacionados con la maternidad se limitan a mejorar las prestaciones de maternidad, siendo excepcionales los casos en los que la mejora se extiende también a las prestaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia. Entre las excepciones puede verse, a modo de ejemplo, el artículo 152 del convenio colectivo de la empresa “Bridgestone Hispania, SA” (BOE de 15 de junio de 2007)²⁵⁸:

“Artículo 152. Complementos de enfermedad, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo.

1. Los trabajadores con baja por enfermedad percibirán el 100 % de los conceptos retributivos que se especifican en el art. 156, apartado a), durante los primeros dieciocho meses de incapacidad temporal, estando incluida en estas percepciones lo que se percibe de la Seguridad Social por I.T. y deduciéndose lo que corresponda por impuestos y Seguridad Social.

2. Una vez transcurridos los primeros dieciocho meses en incapacidad temporal, si se prorrogara la misma, los Trabajadores tendrán derecho a un complemento adicional a la prestación que perciban de la Seguridad Social, hasta alcanzar el 90 % del salario del trabajador, constituido por los conceptos retributivos reflejados en el Capítulo IX de este convenio.

Dicho salario se obtendrá dividiendo por dos los ingresos reales brutos devengados en los 24 (veinticuatro) meses anteriores a la fecha del hecho causante. De no convenir al interesado el período al que se refiere el párrafo anterior, podrá elegir otro período ininterrumpido de 24 (veinticuatro) meses dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. Este período será incrementado con los porcentajes del I.P.C. oficialmente publicados por el Instituto Nacional de Estadística.

3. Las prestaciones de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo se complementarán en los términos establecidos en el apartado 1.”

²⁵⁷ Indica el art. 31 del CC de la “Sociedad General de Autores y Editores” (BOE de 23 de marzo de 2007): “Embarazo y/o maternidad. Durante los años de vigencia del Convenio, la Empresa se compromete a complementar las prestaciones de la Seguridad Social a todo trabajador que forme parte de la plantilla, de forma que perciba durante las semanas a que tiene derecho como descanso laboral, el cien por cien, de su salario real, incluso si la Seguridad Social no abonase durante estos años ninguna cantidad por este concepto”.

²⁵⁸ También incluyen el complemento de la prestación de riesgo durante el embarazo: CC estatal del sector del corcho (BOE de 9 de enero de 2007), CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente por fondos públicos (BOE de 17 de enero de 2007).

Si bien la situación de riesgo durante la lactancia, al igual que sucede con la eventual mejora de la prestación por paternidad²⁵⁹, puede entenderse en el contexto de las modificaciones legislativas; no cabe decirse lo mismo en relación con la prestación por riesgo durante el embarazo. Seguramente, entre las razones que explican la escasa presencia de esta mejora en el convenio colectivo, se encuentra, como se apuntó más arriba, la escasa autonomía con que se aborda en la negociación colectiva el conjunto de prestaciones vinculadas al hecho biológico de la maternidad. En este sentido, siguen en buena parte persiste aún la lógica de vincular la maternidad a la incapacidad temporal.

En definitiva, la regulación de las prestaciones vinculadas a la maternidad en la negociación colectiva se caracteriza, en primer lugar, por el exiguo número de convenios colectivos que regulan tales prestaciones; y, en segundo término, por la escasa autonomía reguladora respecto de la prestación de incapacidad temporal.

II. El contenido de los complementos de las prestaciones vinculadas a la maternidad en la negociación colectiva.

Tal y como ha quedado dicho, el régimen jurídico convencional de las mejoras voluntarias vinculadas al hecho biológico de la maternidad aparece en la mayoría de los casos unido a la regulación de los complementos de incapacidad. En este sentido, podemos identificar tres modelos de regulación de las mejoras sobre maternidad.

En primer lugar, los convenios colectivos que establecen un régimen único y común tanto para las mejoras voluntarias derivadas de incapacidad temporal en general como para los complementos de la prestación de maternidad. Tal es el caso, por ejemplo, de la cláusula XXXII del CC de la empresa “Telefónica Soluciones Informáticas y Comunicaciones de España, SAU” (BOE de 10 de abril de 2007)²⁶⁰:

*“Cláusula XXXII. Prestaciones por maternidad e incapacidad temporal.
La empresa complementará las prestaciones de la Seguridad Social hasta el 100% del salario real en los supuestos de maternidad e incapacidad temporal”.*

En segundo lugar, en los supuestos en los que la regulación de IT es distinta según la naturaleza de la contingencia de que traen causa, los

²⁵⁹ Con todo, es posible encontrar en la negociación colectiva algún ejemplo de mejora voluntaria de paternidad: el citado CC de la empresa “Bridgestone España, SA”(BOE de 15 de junio de 2007), CC del grupo de empresas formado por Altadis SA y Legista SA (BOE de 26 de septiembre de 2007).

²⁶⁰ En el mismo sentido, CC estatal para las centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9 de abril de 2007), CC “Allianz, Compañía de Seguros” (BOE de 31 de enero de 2007), CC de la empresa “Fénix Directo Seguros y Reaseguros, SA” (BOE de 13 de junio de 2007), CC de la empresa Healthcare S CompA” (BOE de 12 de abril de 2007), CC para las empresas del grupo “Generali” (BOE de 10 de abril de 2007).

complementos por maternidad suelen asimilarse a los previstos por incapacidad temporal derivado de riesgos profesionales. Tal es el caso, por ejemplo, de la cláusula 26 del CC de los Centros Especiales de Empleo ATAM (BOE de 23 de febrero de 2007)²⁶¹:

“Cláusula 26. Complemento prestaciones por incapacidad. Temporal y maternidad: Incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional: En los supuestos de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional la empresa completará el subsidio hasta el 100% de salario del trabajador en el mes anterior al de la baja (entendiendo como salario, a estos efectos, la suma de los conceptos fijos percibidos por el trabajador. Maternidad: Durante el período de descanso por maternidad y/o situaciones asimiladas, la empresa se compromete a completar la diferencia, si existe, entre la cuantía de la prestación de la entidad gestora y el 100 % del salario del trabajador en el mes anterior a la baja (entendiendo como salario, a estos efectos, la suma de los conceptos fijos percibidos por el trabajador). Incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral: La asociación se compromete a complementar la prestación por incapacidad temporal percibida por el trabajador hasta el 100 % del salario del trabajador en el mes anterior a la baja (entendiendo como salario, a estos efectos, la suma de los conceptos fijos percibidos por el trabajador), un máximo de 10 días al año, y con un máximo de doce meses en caso de enfermedad grave de larga duración.

Por último, de manera excepcional se asimila la regulación del complemento de maternidad a las prestaciones complementarias por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes como sucede en el artículo 47 del convenio colectivo del grupo de empresas formado por Altadis, SA y Legista, SA (BOE de 26 de septiembre de 2007):

*“(…)b) Enfermedad común o accidente no laboral:
El personal percibirá las prestaciones económicas previstas en el Régimen General de la Seguridad Social, complementadas con cargo a Altadis, S.A. o Logista, S.A. de la siguiente forma:
1. Mientras el trabajador permanezca en situación de Incapacidad Temporal definida en las Disposiciones del Régimen General de la Seguridad Social, y por un período máximo de doce meses, contados a partir del primer día en que se decreta la baja, percibirá el complemento necesario para alcanzar –junto con la prestación de la Seguridad Social– el 100% de su salario haber regulador.
2. A partir de los 12 meses de enfermedad, mientras dure la calificación de Incapacidad Temporal (y siempre con el tope máximo de 30 meses a partir de la fecha de la baja inicial), todo el personal percibirá las prestaciones a que tenga*

²⁶¹ En sentido similar, el CC de la empresa “Repsol Petróleo” (BOE de 12 de febrero de 2007), CC marco estatal de acción e intervención social (BOE de 19 de junio de 2007), CC de la empresa “Bridgestone Hispania, SA” (BOE de 15 de junio de 2007).

derecho por el Régimen General de la Seguridad Social, complementadas, en su caso, por la Empresa, en función de los años de servicio del trabajador, hasta alcanzar –junto con la prestación de la Seguridad Social– los siguientes porcentajes de su haber regulador:

Con 35 o más años de servicio: 100% Haber Regulador.

De 30 a 35 años de servicio: 90% Haber Regulador.

De 25 a 30 años de servicio: 80% Haber Regulador.

De 20 a 25 años de servicio: 65% Haber Regulador.

De 15 a 20 años de servicio: 60% Haber Regulador.

De 10 a 15 años de servicio: 50% Haber Regulador.

Menos de 10 años de servicio: 45% Haber Regulador.

3. A los efectos de los dos puntos anteriores el Haber Regulador estará integrado por los siguientes conceptos:

Salario Base. Aumentos periódicos por años de servicio. Garantías a título personal. Complementos de transposición que corresponda para los supuestos de I.T., según el Convenio Colectivo de Logista, S.A. Gratificaciones: Por razón de jornada. Inherentes al puesto de trabajo: Serenos-vigilantes. Jefes de equipo. Especiales: Secretarios de despacho. Secretarios. Conductores de coches de turismo. Complemento salarial en sustitución del primaje por Economato. Plus de Convenio 1998 para el personal de las Nuevas Categorías que estuviera en activo a 31/12/97. Complemento de Auxiliares comerciales, Agentes de ventas junior y Agentes de ventas senior. Complemento de Jefes de ventas y Coordinadores locales de cigarrillos.

Gratificación por vivienda. Plus de residencia.

c) Prestaciones económicas por Incapacidad Temporal derivada de accidentes de trabajo: Mientras dure la calificación de Incapacidad Temporal (con el tope máximo de 30 meses a partir de la fecha de la baja inicial), la Empresa garantiza al trabajador la percepción del complemento económico necesario, hasta alcanzar –junto con la prestación que reciba, en su caso, de la Seguridad Social– el 100% del salario real que le correspondería, según las Tablas Salariales en cada momento vigentes.

(...)e) Prestaciones económicas durante el período de descanso legal por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento de un menor: Durante dicho período de suspensión del contrato, cuya duración máxima y distribución será la establecida por la legislación vigente en cada momento, la Empresa complementará, en su caso, las prestaciones que otorga la Seguridad Social hasta alcanzar la cuantía prevista en el punto b) 1 del presente artículo”.

En todos estos casos, como ya se indicó en el apartado dedicado al análisis de la negociación colectiva en materia de incapacidad temporal, la prestación complementaria se define, con carácter general, con la garantía del 100% del salario²⁶², la diferencia entre la prestación que perciba de la Seguridad Social y su salario real²⁶³, la diferencia del sueldo que le correspondería de estar

²⁶² CC de la empresa “Telefónica Soluciones Informáticas, SA” (BOE de 10 de abril de 2007).

²⁶³ CC de la empresa “Pzifer Consumer Healthcare, SCompA” (BOE de 12 de abril de 2007).

dado de alta prestando servicios²⁶⁴, 100% de la retribución mensual²⁶⁵, o, en fin, con la retribución total²⁶⁶.

Con carácter general, como ya se habrá advertido, este conjunto de regulaciones, en ocasiones dan pie a deficiencias técnicas notables, puesto que la dinámica de la prestación de IT y de maternidad es sustancialmente distinta. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 55 del convenio colectivo estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9 de enero de 2007)²⁶⁷:

“En los supuestos de incapacidad temporal y de suspensión del contrato por maternidad y durante los tres primeros meses, se abonará al trabajador el complemento necesario para alcanzar el 100% de la retribución mensual ordinaria que le correspondería de haber podido desarrollar sus actividades laborales. En caso de continuar la incapacidad se abonará un mes más si tiene consolidado un trienio de antigüedad (...)”

En otros casos, da pie a situaciones que resultan difícilmente comprensibles si atendemos a la contingencia protegida por la prestación de maternidad, distinta de la incapacidad temporal, tal y como sucede en el antes referido convenio colectivo para el grupo de empresas formado por Altadis SA y Logista SA (BOE 26 de septiembre de 2007).

Por último, debemos detenernos brevemente en los complementos de las prestaciones por riesgo durante el embarazo. En relación con dichos complementos, tal y como se ha señalado ya son excepcionales en la negociación colectiva. Resulta, por tanto, imposible establecer categorías generales sobre tales regulaciones. En cualquier caso interesa destacar que en estos supuestos parece que se tiende, de manera lógica por otra parte, a asimilar la situación de riesgo durante el embarazo con el nivel máximo de tutela que el convenio colectivo reconoce a las situaciones de suspensión del contrato por incapacidad.

Así, por ejemplo, en el convenio colectivo del sector del corcho (BOE 9 de enero de 2007):

²⁶⁴ CC de la empresa “Allianz, Compañía de Seguros, SA” (BOE de 31 de enero de 2007), CC de la empresa “Fénix Directo, Seguros y Reaseguros SA” (BOE de 13 de junio de 2007), CC del grupo de empresas “Generali” (BOE de 10 de abril de 2007)

²⁶⁵ CC marco estatal de acción e intervención social (BOE de 19 de junio de 2007).

²⁶⁶ CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente por fondos públicos (BOE de 17 de enero de 2007).

²⁶⁷ En el mismo sentido, por ejemplo, el CC Bridgestone Hispania (BOE de 15 de junio de 2007).

“(...) 2.º Complementos de Incapacidad temporal. La empresa complementará desde el primer día el salario del trabajador en situación de incapacidad temporal, hasta el 100 % del mismo, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la incapacidad temporal derive de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, siempre que el índice de absentismo derivado de IT por accidente de trabajo o enfermedad profesional no supere el 2,5 % colectivamente en la empresa y el 5 % individualmente. Estos porcentajes se calcularán en base al absentismo antes indicado correspondiente al año inmediatamente anterior y tomando como base para el año 2007 los índices del año 2006.

Estos índices serán publicados en el tablón de anuncios de la empresa y remitidos a la comisión paritaria durante el mes de enero de cada año natural. El incumplimiento de este requisito comportará el abono del 100 % sin tener en cuenta los índices anteriormente expresados hasta que se dé cumplimiento a tal requisito.

b) Cuando la incapacidad temporal derive de accidente no laboral o enfermedad común, siempre que el trabajador haya estado hospitalizado ininterrumpidamente como consecuencia de dicho accidente o enfermedad por un período de al menos 10 días.

c) Cuando la incapacidad temporal sea declarada en situación de riesgo durante el embarazo”.

III. Conclusiones.

1ª) Merece destacarse el exiguo número de convenios colectivos, tanto en términos generales como relativos, que contemplan una mejora de las prestaciones de Seguridad Social vinculadas al hecho biológico de la maternidad. En este sentido, no más del 20% de los convenios colectivos que recogen algún complemento de IT incluyen también la protección adicional para los supuestos de suspensión del contrato derivada de maternidad.

2ª) El escaso interés de la negociación colectiva en mejorar estas prestaciones conlleva también una escasa autonomía reguladora de los complementos por maternidad o riesgo durante el embarazo. En numerosas ocasiones el reconocimiento de la mejora voluntaria de maternidad es una mera referencia contenida dentro de una regulación pensada para los complementos por incapacidad temporal.

3ª) En consonancia con lo antedicho, no sorprende que sean excepcionales los convenios colectivos que contemplan mejoras voluntarias de las prestaciones por riesgo durante el embarazo, e inexistentes las que se refieren al riesgo durante la lactancia. La tutela complementaria que en estos casos se dispensa a la suspensión por riesgo durante el embarazo suele asimilarse al supuesto de máxima tutela que el convenio colectivo dispensa a las situaciones de incapacidad temporal.

CAPÍTULO IV. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS VINCULADAS CON LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA.

I. Introducción.

En la misma línea puesta de manifiesto en el Capítulo anterior de este trabajo al tratar de la incapacidad temporal, suele ser bastante habitual que los convenios colectivos –tanto empresariales como supraempresariales– recojan mejoras voluntarias relacionadas o vinculadas con la contingencia de la incapacidad permanente y con las prestaciones por muerte y supervivencia (convenios empresariales²⁶⁸ y supraempresariales²⁶⁹). En efecto, el 74,80% de los

²⁶⁸ I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa “Spanair, S.A.” (BOE de 11-1-2007), CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), CC de la empresa Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L. (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Hertz España, S.A. (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Seguridad Gallega Nosa Terra, S.A. (SEGANOSA) (BOE de 24-1-2007), CC de Servicontrol, S.L. (BOE de 24-1-2007), CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007), CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), Convenio colectivo del Grupo Negocios de Ediciones y Publicaciones, S.L. (BOE de 31-1-2007), I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007), CC de Albatros Alcázar Servicios Industriales (BOE de 9-2-2007), VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007), CC de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007), CC de El mobiliario urbano, S.L.U. (BOE de 8-3-2007), CC de Arcelor Construcción España, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC de Aceralia Construcción Obras, S.L. (BOE de 14-3-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), CC empresa nacional Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (BOE de 19-3-2007), CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007), CC de Investigación y Control de Calidad, S.A. (BOE de 30-3-2007), IV CC de Grupo Generali (BOE de 10-4-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007), I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007), CC de Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.p.A. (BOE de 12-4-2007), CC de Marodri, S.L. (BOE de 12-4-2007), CC de Cía. Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. para el período 2006-2007 (BOE de 12-4-2007), CC de Ediciones Primera Plana, S.A. y otros (BOE de 18-4-2007), CC del Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A. (BOE de 19-4-2007), CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007), CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007), CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), I CC de Nuclenor, S.A. (BOE de 4-5-2007), CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007), CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007), CC de la Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (BOE de 13-6-2007), CC de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Miele, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007), CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007), CC de “The Disney Store Spain, S.A.” (BOE de 10-7-2007), CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007), XX CC de Sociedad Española de Instalaciones

convenios colectivos analizados recogen este tipo de mejoras voluntarias, de los cuales, el 23,91% son convenios supraempresariales y el 76,09% son convenios colectivos de empresa.

En las próximas páginas no sólo analizaremos la forma cómo los convenios colectivos están abordando esta cuestión sino también los problemas que la misma plantea en el marco de la propia negociación colectiva.

II. La reciente regulación convencional: La creciente importancia de los contratos de seguro.

Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007), CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), I CC de Endesa Ingeniería, S.L. (BOE de 14-7-2007), 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007), XIV CC de Autopistas Concesionaria Española, S.A.U. (BOE de 3-8-2007), II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007), CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007), CC de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007), CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007), CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007), XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC de Ediciones B, S.A. (BOE de 11-9-2007), XIV CC de Electrolux Home Products España, S.A. (Servicio post-venta), CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007), CC de Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (BOE de 20-9-2007), Acuerdo marco del grupo de empresas formado por Altadis, S.A. y Legista, S.A. (BOE de 26-9-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

²⁶⁹ CC de la industria textil, de fibras de recuperación y ramo de agua de la misma (BOE de 4-1-2007), CC para la industria de la confección (BOE de 4-1-2007), CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007), VI CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007), V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007), CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007), IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007), IV CC de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17-3-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007), CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007), XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007), IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007), II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007), CC de trabajo del Grupo de Marroquinería, Cueros Repujados y similares (BOE de 23-8-2007), III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007), CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007), CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3-9-2007), CC marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 4-9-2007).

A. El ámbito subjetivo de protección.

En primer lugar, cabe destacar que, desde la perspectiva subjetiva, casi todos (un 85,87%) los convenios colectivos analizados y que recogen mejoras voluntarias de este tipo reconocen como sujetos protegidos a todos los trabajadores de la empresa, sin exigir el cumplimiento de una antigüedad mínima en la misma²⁷⁰.

²⁷⁰ Así, CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), CC para la industria de la confección (BOE de 4-1-2007), CC de la industria textil, de fibras de recuperación y ramo de agua de la misma (BOE de 4-1-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007), XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007), I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa "Spanair, S.A." (BOE de 11-1-2007), CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L. (BOE de 17-1-2007), V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007), CC de la empresa Seguridad Gallega Nosa Terra, S.A. (SEGANOSA) (BOE de 24-1-2007), CC de Servicontrol, S.L. (BOE de 24-1-2007), CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007), CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), Convenio colectivo del Grupo Negocios de Ediciones y Publicaciones, S.L. (BOE de 31-1-2007), I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007), CC de Albatros Alcázar Servicios Industriales (BOE de 9-2-2007), VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007), CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007), CC de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007), IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007), CC de El mobiliario urbano, S.L.U. (BOE de 8-3-2007), CC de Arcelor Construcción España, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC de Aceralia Construcción Obras, S.L. (BOE de 14-3-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), CC empresa nacional Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (BOE de 19-3-2007), CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), CC de Investigación y Control de Calidad, S.A. (BOE de 30-3-2007), IV CC de Grupo Generali (BOE de 10-4-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007), I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007), CC de Cía. Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. para el período 2006-2007 (BOE de 12-4-2007), CC de Marodri, S.L. (BOE de 12-4-2007), CC de Ediciones Primera Plana, S.A. y otros (BOE de 18-4-2007), CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007), CC del Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A. (BOE de 19-4-2007), I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007), CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007), CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007), CC de la Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (BOE de 13-6-2007), CC de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), CC de "The Disney Store Spain, S.A." (BOE de 10-7-2007), 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007), CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007), XX CC de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007), CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), I CC de Endesa Ingeniería, S.L. (BOE de 14-7-

Aun cuando también existen convenios (un 4,35%) que exigen un año de antigüedad en la empresa para ser beneficiario de la correspondiente mejora voluntaria²⁷¹ o bien una antigüedad de 3²⁷² o 6²⁷³ meses en plantilla (un 3,26%), o se hace referencia expresa al personal fijo de plantilla²⁷⁴ (un 1,09% de los convenios) (nos remitimos a lo señalado en el Capítulo I de este trabajo respecto de la problemática constitucional que plantea este tipo de requisito).

En algún convenio colectivo (1,09%), si bien se protege a todos los trabajadores, la cuantía de la indemnización prevista es inferior –circunstancia muy discutible incluso desde la perspectiva constitucional- para el caso de los trabajadores contratados por tiempo determinado; así, en el convenio colectivo de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007) se prevé que: *“Todos los trabajadores fijos en la Empresa están amparados por un seguro de vida e invalidez absoluta y permanente por un importe equivalente a dos anualidades del salario que tengan asignado a 1 de enero de cada año de vigencia del presente Convenio, o del fijado a la fecha del ingreso si éste se produce con posterioridad a la fecha indicada... Los trabajadores contratados por tiempo determinado a que se refiere el artículo 9 del presente convenio estarán amparados por un seguro de fallecimiento o invalidez absoluta y permanente, con un capital asegurado de 12.020 euros durante la vigencia de sus contratos..”*.

2007), II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007), IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007), II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007), III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007), CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007), CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3-9-2007), CC marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 4-9-2007), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007), CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007), CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC de Ediciones B, S.A. (BOE de 11-9-2007), XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007), XIV CC de Electrolux Home Products España, S.A. (Servicio post-venta), CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007), CC de Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (BOE de 20-9-2007), Acuerdo marco del grupo de empresas formado por Altadis, S.A. y Legista, S.A. (BOE de 26-9-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

²⁷¹ CC de la empresa Hertz España, S.A. (BOE de 17-1-2007), CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007), CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007).

²⁷² CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007).

²⁷³ CC de Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.p.A. (BOE de 12-4-2007).

²⁷⁴ I CC de Nuclenor, S.A. (BOE de 4-5-2007).

Por otra parte, en algún caso, escaso, también se incluyen los pensionistas ex trabajadores²⁷⁵ (un 2,17% de los convenios), o a los trabajadores jubilados anticipadamente y hasta que cumplan la edad de 65 años²⁷⁶ (2,17% de los convenios), o los trabajadores jubilados²⁷⁷ (1,09%) hasta los 70²⁷⁸ o 77 años²⁷⁹ (2,17%), o los trabajadores en activo hasta los 70 años²⁸⁰ (un 1,09% de los convenios). En este sentido, en el convenio colectivo de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007) se manifiesta que: *“.. la cobertura del presente seguro se prolongará para los empelados en situación pasiva, hasta que los mismos cumplan setenta y siete años de edad, siempre que exista beneficiario designado por el empleado, en alguna de las dos formas siguientes: a) Por un capital asegurado del 25 por 100 del correspondiente en el momento de su jubilación. b) Por el mismo capital asegurado en el momento de la jubilación siempre que el empleado acredite suficientemente ante la empresa que tiene a su exclusivo cargo alguno de los siguientes familiares, además de su cónyuge: Padres del empleado o de su cónyuge, siempre que convivan con aquél y carezcan de ingresos suficientes. A estos efectos se consideran ingresos suficientes aquellos percibidos por los ascendientes que, en su conjunto, sean superiores al 75% del salario mínimo interprofesional. Hijos menores de edad, o que, aún siendo mayores, sean discapacitados físicos o psíquicos, e impedidos completamente para trabajar. Nietos que convivan con él, huérfanos de padre y madre, o sólo de uno de ellos, cuando el otro esté incapacitado/a para trabajar.”*

En el mismo sentido, el convenio colectivo de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), afirma que: *“... El personal que esté en situación pasiva y hasta que cumpla los setenta años de edad, siempre que exista beneficiario designado, tendrá las coberturas del presente seguro en las mismas condiciones y capitales estipulados en el Convenio General, salvo para la cobertura de fallecimiento o invalidez absoluta y permanente derivados de accidente laboral, que se extinguirá en el momento de la jubilación..”*

Por otra parte, existen convenios (un 2,17%) donde se afirma expresamente que quedan también incluidos en la póliza de seguros los trabajadores en situación de excedencia forzosa, excepto en algún caso²⁸¹, o los

²⁷⁵ CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007) <hasta los 75 años>.

²⁷⁶ IV CC de Grupo Generali (BOE de 10-4-2007), CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007).

²⁷⁷ CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007).

²⁷⁸ CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007).

²⁷⁹ CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 30-1-2007).

²⁸⁰ CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007).

²⁸¹ V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007).

trabajadores en situación de incapacidad temporal²⁸² (un 1,09%) o los trabajadores en excedencia²⁸³ (un 2,17% de los convenios).

En algún convenio (un 1,09%) se señala que la póliza de seguros quedará en suspenso en los casos de excedencia, incluyéndose, no obstante, los supuestos de incapacidad temporal²⁸⁴.

Y también cabe citar convenios (un 1,09%) que establecen un régimen diferente en función de la fecha de incorporación del trabajador a la empresa (estableciendo el cobro de la correspondiente póliza de seguros y una indemnización complementaria a cargo de la propia empresa)²⁸⁵.

O, en fin, algún convenio (un 1,09%) señala que quedan expresamente excluidos de la póliza de seguros aquellos trabajadores que cesen en la empresa por cualquier motivo²⁸⁶, o aquellos trabajadores que tuvieran el contrato de trabajo suspendido con la empresa por causa de excedencia voluntaria, salvo que la misma hubiera sido solicitada para cuidado de hijos o familiares²⁸⁷ (un 1,09% de los convenios colectivos).

Y también es posible citar convenios (un 3,26%) que, con el objetivo de concretar el alcance subjetivo y evitar futuras reclamaciones, señalan que los trabajadores protegidos por la mejora voluntaria son aquellos que pertenezcan a la plantilla de la empresa en el momento de producirse el hecho causante²⁸⁸; definiendo además dicho concepto²⁸⁹. A estos efectos, el convenio colectivo del sector del corcho (BOE de 9-1-2007) señala que: “.. En cuanto a la fecha de fijación de efectos del hecho causante se estará, en todo caso, a la fecha en que se hubiera

²⁸² CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007).

²⁸³ CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007).

²⁸⁴ CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007).

²⁸⁵ CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007).

²⁸⁶ CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007).

²⁸⁷ CC de Miele, S.A. (BOE de 15-6-2007).

²⁸⁸ II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007).

²⁸⁹ CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007): “se entenderá por fecha del hecho causante el día del óbito para los casos de muerte y para los restantes la fecha de la resolución o sentencia en la que se haya realizado, por órganos competentes, la primera declaración de gran invalidez, invalidez permanente absoluta para todo trabajo, o invalidez permanente total para la profesión habitual. El capital garantizado será en todo caso el asegurado en el momento del hecho causante” (idem, CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007)). También, IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007): “A los efectos de acreditar el derecho a las indemnizaciones aquí pactadas se considerará como fecha del hecho causante aquella en la que se produce el accidente de trabajo o la causa determinante de la enfermedad profesional”. Y también, CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007): “entendiendo por tal la Resolución Definitiva del INSS o sentencia firme del juzgado o Tribunal Superior de Justicia en la Invalidez Absoluta”.

producido el accidente en caso de muerte o la declaración de invalidez por el organismo correspondiente de la Seguridad Social”.

A lo que cabe añadir que, algún convenio (un 2,17%), prevé expresamente que el seguro tiene carácter voluntario para el trabajador, asumiendo éste, en su caso, una parte de su coste²⁹⁰, o bien se señala que la única obligación de la empresa es dar 5,50 euros anuales a los trabajadores que suscriban una póliza de seguros²⁹¹.

Y, por otra parte, en relación con los beneficiarios de la correspondiente mejora voluntaria, en algunos casos, se cita a los herederos del trabajador o sus derechohabientes²⁹² (un 3,26% de los convenios); o se señala expresamente que aquél podrá designar a los beneficiarios²⁹³ (un 3,26%); o se afirma que la indemnización la percibirán los trabajadores, los beneficiarios designados o que legalmente correspondan²⁹⁴ (un 1,09% de los convenios) o los trabajadores o sus beneficiarios²⁹⁵ (un 6,52%); o en fin, los trabajadores, los herederos o, en su defecto, la persona designada²⁹⁶ (un 1,09%).

En algún caso se señala que la indemnización la percibirán los beneficiarios de las víctimas o los accidentes, según las normas de la Seguridad Social o aquel beneficiario que expresamente designe el titular del seguro²⁹⁷ (un 1,09%). O que el trabajador deberá designar libremente el beneficiario de la póliza de seguros²⁹⁸ (un 1,09% de los convenios).

En algún convenio (un 1,09%) se prevé, muy acertadamente, la obligación de los trabajadores de manifestar a la administración de personal las posibles variaciones de los beneficiarios del seguro²⁹⁹.

²⁹⁰ XIV CC de Autopistas Concesionaria Española, S.A.U. (BOE de 3-8-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007).

²⁹¹ CC de trabajo del Grupo de Marroquinería, Cueros Repujados y similares (BOE de 23-8-2007).

²⁹² CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007).

²⁹³ I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa “Spanair, S.A.” (BOE de 11-1-2007), CC de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

²⁹⁴ I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007).

²⁹⁵ CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), I CC de Nuclenor, S.A. (BOE de 4-5-2007), CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007), II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007).

²⁹⁶ CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007).

²⁹⁷ IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007).

²⁹⁸ CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007).

²⁹⁹ CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007).

Y, en fin, algún convenio (un 2,17%), también de forma muy acertada, identifica de forma expresa los beneficiarios de la póliza de seguros en el caso de fallecimiento, señalando que lo serán el cónyuge y descendientes a partes iguales, los ascendientes y los demás herederos, salvo que el trabajador, en tiempo y forma, hubiera designado a otros beneficiarios, mediante comunicación por carta certificada a la compañía aseguradora³⁰⁰. O se prevé que, salvo indicación en contrario, se entenderán como beneficiarios el cónyuge, descendientes de primer grado y ascendientes de primer grado³⁰¹ (un 9,78% de los convenios).

En este sentido y a modo de ejemplo, en el convenio colectivo de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007) se afirma que: *“... Se establece una prestación consistente en una anualidad bruta, a favor del viudo/a del trabajador/a fallecido/a de muerte natural, o de los hijos o padres en las condiciones y requisitos que, a continuación se expresa y por el siguiente orden de prelación: Viudo/a que conviva con el causante y, si no conviviera, debe esperarse a que la Mutualidad determine si tiene derecho o no a la pensión de viudedad. Hijos legítimos, naturales o reconocidos, menores de 18 años o mayores incapacitados para el trabajo. Deberán presentar el oportuno Carné de Pensionista por orfandad de la Mutualidad. Padres sexagenarios o los que sin llegar a dicha edad se encuentren incapacitados para el trabajo, siempre que estén a cargo del causante. Se acreditarán las condiciones precisas a través de las certificaciones de nacimiento y Ayuntamiento correspondientes...”*.

Por su parte, el convenio colectivo de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007) señala que: *“.. La cuantía de la cobertura asegurada será percibida por los derechohabientes estipulados o en su defecto por los legalmente establecidos en el supuesto de fallecimiento sobrevenido antes de cumplir los 65 años de edad. En el supuesto de invalidez absoluta y permanente, la cantidad asegurada podrá ser percibida por el propio trabajador o persona designada al efecto por éste de forma fehaciente. La cobertura del riesgo asegurado quedará extinguida por el cese de la relación laboral del trabajador por su jubilación u otra de las causas legalmente reconocidas..”*.

Y en el convenio colectivo de la empresa La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007) se afirma que: *“... Los beneficiarios serán los siguientes: El cónyuge superviviente; en su defecto, los hijos, a falta de éstos, el padre y la madre o, el*

³⁰⁰ CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), que define, además, que cabe entender por ascendientes y descendientes y cómo deben resolverse los supuestos de divorcio. También, CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007).

³⁰¹ CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007). También, IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007): *“Salvo designación expresa de beneficiarios por el asegurado, la indemnización se hará efectiva al trabajador accidentado o, en caso de fallecimiento, a los herederos legales del trabajador”*. También, CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007), CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007).

superviviente de ambos. En defecto de las personas antes indicadas, los derechohabientes legítimos del trabajador. De forma excepcional y cuando exista una causa que lo justifique, podrá establecerse una atribución beneficiaria distinta, pero estas excepciones deberán ser comunicadas expresamente para cada caso particular. En estos casos, cumplimentará y entregará el interesado a la empresa, el boletín de <Cambio de Beneficiario>”³⁰².

O, en fin, se señala que la indemnización establecida se abonará a los herederos legales del trabajador, salvo que exista un beneficiario designado expresamente por el fallecido³⁰³ (un 1,09% de los convenios).

B. Las contingencias protegidas: incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

En relación con el alcance material de esta mejora voluntaria, los convenios colectivos analizados suelen proteger tanto la incapacidad permanente como el fallecimiento del trabajador³⁰⁴ (un 90,22% de los

³⁰² Con términos semejantes, CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007).

³⁰³ III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007).

³⁰⁴ CC de la industria textil, de fibras de recuperación y ramo de agua de la misma (BOE de 4-1-2007), CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007), XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007), I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa “Spanair, S.A.” (BOE de 11-1-2007), CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Hertz España, S.A. (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L. (BOE de 17-1-2007), V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007), CC de la empresa Seguridad Gallega Nosa Terra, S.A (SEGANOSA) (BOE de 24-1-2007), CC de Servicontrol, S.L. (BOE de 24-1-2007), CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007), CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), CC del Grupo Negocios de Ediciones y Publicaciones, S.L. (BOE de 31-1-2007), I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007), CC de Albatros Alcázar Servicios Industriales (BOE de 9-2-2007), VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007), CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007), CC de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007), IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007), CC de El mobiliario urbano, S.L.U. (BOE de 8-3-2007), CC de Arcelor Construcción España, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC de Aceralia Construcción Obras, S.L. (BOE de 14-3-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), IV CC de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17-3-2007), CC empresa nacional Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (BOE de 19-3-2007), CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), CC de Investigación y Control de Calidad, S.A. (BOE de 30-3-2007), IV CC de Grupo Generali (BOE de 10-4-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007), I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007), CC de Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.p.A. (BOE de 12-4-2007),

convenios). Aun cuando en algún convenio (un 4,35%) sólo se protege la situación de fallecimiento³⁰⁵.

Sin embargo, en cuanto a la concreta contingencia protegida, pueden distinguirse varios grupos de convenios:

1) Convenios colectivos (un 4,35%) que se refieren genéricamente a las contingencias de muerte e invalidez permanente³⁰⁶, de lo que cabe deducir que,

CC de Marodri, S.L. (BOE de 12-4-2007), CC de Ediciones Primera Plana, S.A y otros (BOE de 18-4-2007), CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007), CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007), I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), I CC de Nuclenor, S.A. (BOE de 4-5-2007), CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007), CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007), CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007), CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007), CC de la Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (BOE de 13-6-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007), CC de "The Disney Store Spain, S.A." (BOE de 10-7-2007), 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007), CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007), XX CC de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007), CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), I CC de Endesa Ingeniería, S.L. (BOE de 14-7-2007), CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007), II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007), II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007), III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007), CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007), CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3-9-2007), CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 4-9-2007), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007), CC de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007), XIV CC de Electrolux Home Products España, S.A. (Servicio post-venta), CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007), CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007), XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007), CC de Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (BOE de 20-9-2007), Acuerdo marco del grupo de empresas formado por Altadis, S.A. y Legista, S.A. (BOE de 26-9-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

³⁰⁵ CC para la industria de la confección (BOE de 4-1-2007), CC de Miele, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Cía. Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. para el periodo 2006-2007 (BOE de 12-4-2007), CC del Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A. (BOE de 19-4-2007).

³⁰⁶ V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC de Servicontrol, S.L. (BOE de 24-1-2007), CC de El mobiliario urbano,

en el segundo caso, quedan protegidos todos los grados de incapacidad permanente, esto es, parcial, total, absoluta y gran invalidez. Si la correspondiente póliza de seguros no cubre todos esos grados, la empresa incurrirá en responsabilidad en cuanto al pago de la correspondiente indemnización al trabajador o a sus beneficiarios.

En algún convenio (un 1,09%) no se identifican los riesgos protegidos en el caso de accidente, de lo que cabe deducir que todos los grados de invalidez quedarán protegidos³⁰⁷.

2) Convenios que, con términos también genéricos, incluyen el fallecimiento y la invalidez “profesional”³⁰⁸ (un 1,09%) o la muerte natural y la invalidez permanente laboral³⁰⁹ (un 1,09%).

3) Convenios colectivos (un 1,09%) que incluyen la muerte y la incapacidad permanente, pero en este último caso recogen, de forma expresa, las lesiones que cabe considerar como constitutivas de la misma (baremo)³¹⁰.

4) Convenios colectivos (un 21,74%) que incluyen la muerte y la incapacidad permanente total o absoluta³¹¹.

5) Convenios (un 16,30%) que se refieren a la muerte y a la incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez³¹².

S.L.U. (BOE de 8-3-2007), CC de Ediciones Primera Plana, S.A y otros (BOE de 18-4-2007), CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007), CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007).

³⁰⁷ CC de la empresa Hertz España, S.A. (BOE de 17-1-2007).

³⁰⁸ VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007).

³⁰⁹ CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007).

³¹⁰ CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007).

³¹¹ I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa “Spanair, S.A.” (BOE de 11-1-2007), CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007), CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007), I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007), IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007), CC de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007), CC de Arcelor Construcción España, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC de Aceralia Construcción Obras, S.L. (BOE de 14-3-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), I CC de Nuclenor, S.A. (BOE de 4-5-2007), CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007), CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3-9-2007), CC marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 4-9-2007), CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007), XIV CC de Electrolux Home Products España, S.A. (Servicio post-venta), CC de Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (BOE de 20-9-2007).

³¹² CC de la empresa Seguridad Gallega Nosa Terra, S.A (SEGANOSA) (BOE de 24-1-2007), CC de Albatros Alcázar Servicios Industriales (BOE de 9-2-2007), CC empresa nacional Mercados

6) Convenios (un 20,65%) que sólo incorporan el fallecimiento y la incapacidad permanente absoluta³¹³.

7) Convenios colectivos (un 2,17%) que incluyen el fallecimiento, la gran invalidez y la incapacidad permanente absoluta y total³¹⁴.

8) Convenios (un 8,70%) que hacen referencia a la incapacidad permanente total y al fallecimiento³¹⁵.

9) Convenios (un 7,61%) que incorporan el fallecimiento, la gran invalidez y la incapacidad permanente absoluta³¹⁶.

Centrales de Abastecimiento, S.A. (BOE de 19-3-2007), CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), CC de Marodri, S.L. (BOE de 12-4-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007), CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007), CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007), I CC de Endesa Ingeniería, S.L. (BOE de 14-7-2007), IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007), III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007), CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007).

³¹³ CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007), Convenio colectivo del Grupo Negocios de Ediciones y Publicaciones, S.L. (BOE de 31-1-2007), CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), CC de Investigación y Control de Calidad, S.A. (BOE de 30-3-2007), I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007), CC de Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.p.A. (BOE de 12-4-2007), CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007), CC de la Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (BOE de 13-6-2007), CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007), CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007), CC de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007), Acuerdo marco del grupo de empresas formado por Altadis, S.A. y Legista, S.A. (BOE de 26-9-2007).

³¹⁴ IV CC de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17-3-2007), IV CC de Grupo Generali (BOE de 10-4-2007).

³¹⁵ CC de la industria textil, de fibras de recuperación y ramo de agua de la misma (BOE de 4-1-2007), CC de la empresa Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L. (BOE de 17-1-2007), CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007), CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007), de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007), XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007), XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007).

³¹⁶ CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007), XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007), CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de

10) Convenios (un 3,26%) que sólo protegen el caso de fallecimiento del trabajador³¹⁷.

11) Convenios colectivos (un 1,09%) que recogen tanto el fallecimiento del trabajador como la incapacidad permanente parcial y absoluta³¹⁸.

12) Convenios (un 1,09%) que sólo protegen el fallecimiento y la gran invalidez³¹⁹.

13) Convenios (un 1,09%) que incluyen el fallecimiento y la incapacidad permanente parcial y total³²⁰.

Y, 14) convenios colectivos (un 1,09%) que incluyen todos los riesgos, esto es, fallecimiento, incapacidad permanente parcial, total, absoluta y gran invalidez³²¹.

En fin, en este ámbito es importante destacar que algunos convenios colectivos (un 1,09%) definen, de forma expresa, las contingencias, con el objetivo de delimitar claramente cuál es el alcance material de la mejora voluntaria³²². Este tipo de cláusula debería generalizarse ya que podría evitar futuros litigios.

Por otra parte, también es importante destacar que si bien algunos convenios colectivos protegen frente a todos los riesgos –accidente de trabajo, accidente no laboral, enfermedad común o enfermedad profesional-, otros convenios sólo protegen frente a determinados riesgos; así, en este ámbito cabe distinguir los siguientes grupos de convenios:

a) Convenios (un 57,61%) que no hacen ninguna referencia a esta cuestión, no excluyen ningún tipo de riesgo o de forma implícita o expresa se

“The Disney Store Spain, S.A.” (BOE de 10-7-2007), II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007).

³¹⁷ CC de Miele, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Cía. Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. para el período 2006-2007 (BOE de 12-4-2007), CC del Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A. (BOE de 19-4-2007).

³¹⁸ XX CC de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007).

³¹⁹ I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007).

³²⁰ I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

³²¹ CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007).

³²² CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007): “por invalidez permanente total, la incapacidad que inhabilite al trabajador, de modo permanente, para realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, aunque pueda dedicarse a otra distinta. 2.2. Por invalidez permanente absoluta, la incapacidad que inhabilite al trabajador, de modo permanente, para toda profesión y oficio”.

incluyen todos los riesgos³²³, de todo lo que se deduce que se cubren todos los riesgos, es decir, tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional, el accidente no laboral y la enfermedad común. Nuevamente, si la póliza no cubre todos esos riesgos surgirá la correspondiente responsabilidad empresarial respecto al pago de la mejora voluntaria.

Algún convenio, partiendo de una cobertura genérica como la antes señalada excluye expresamente determinados supuestos; así, en el convenio colectivo de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007) se afirma que: *“... Riesgos garantizados: Se garantizan todos los casos de fallecimiento, bajo las únicas reservas siguientes: La garantía sólo tiene efecto en caso de suicidio de un asegurado, cuando se produzca, por lo menos, dos años después de su entrada en el seguro. No está garantizado el riesgo de muerte a consecuencia de viajes en avión no efectuados en líneas comerciales aéreas de transporte en común, carreras de automóviles y de*

³²³ CC para la industria de la confección (BOE de 4-1-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007), CC de la empresa Hertz España, S.A. (BOE de 17-1-2007), CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), CC de El mobiliario urbano, S.L.U. (BOE de 8-3-2007), CC de Servicontrol, S.L. (BOE de 24-1-2007), CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007), Convenio colectivo del Grupo Negocios de Ediciones y Publicaciones, S.L. (BOE de 31-1-2007), CC de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007), CC de Arcelor Construcción España, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC de Aceralia Construcción Obras, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC empresa nacional Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (BOE de 19-3-2007), CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007), IV CC de Grupo Generali (BOE de 10-4-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007), CC de Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.p.A. (BOE de 12-4-2007), I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007), CC de Cía. Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. para el período 2006-2007 (BOE de 12-4-2007), CC de Ediciones Primera Plana, S.A y otros (BOE de 18-4-2007), CC del Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A. (BOE de 19-4-2007), CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007), CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007), I CC de Nuclenor, S.A. (BOE de 4-5-2007), CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007), CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007), CC de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Miele, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007), CC de “The Disney Store Spain, S.A.” (BOE de 10-7-2007), XX CC de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007), CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007), II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007), CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007), CC de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007), CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007), CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007), XIV CC de Electrolux Home Products España, S.A. (Servicio post-venta), XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC de Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (BOE de 20-9-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

*cualquier otro vehículo de motor. Respecto a la cobertura del riesgo de Invalidez permanente absoluta, los riesgos excluidos son los que se señalen en las normas que rigen esta materia...En caso de invalidez permanente absoluta, se abonará el capital garantizado cuando al Asegurado le sobrevenga una incapacidad física o mental que ponga al mismo, antes de la edad de sesenta y cinco años, en la imposibilidad permanente definitiva de ejercer cualquier trabajo remunerado. Desde la misma fecha que se haya abonado el capital estipulado, el asegurado dejará de estar garantizado para el caso de fallecimiento”*³²⁴.

b) Convenios colectivos (un 1,09%) que se refieren al accidente de trabajo o no y a “*causas naturales*”³²⁵ (término que puede dar lugar a problemas interpretativos y de aplicación de la mejora voluntaria).

c) Convenios (un 3,26%) que incluyen la protección del accidente no laboral, accidente laboral y enfermedad profesional³²⁶.

d) Convenios (un 2,17%) que sólo protegen los supuestos de accidente de trabajo y accidente no laboral³²⁷. En algún convenio se cubren esos riesgos pero se excluye, de forma expresa, los accidentes en competiciones deportivas oficiales de vehículos a motor³²⁸.

En este ámbito también cabe citar convenios (un 5,43%) que se refieren genéricamente a los accidentes³²⁹ o que, de forma expresa, sólo protegen frente a los accidentes³³⁰ (un 1,09%). En este caso existen convenios que definen, de forma expresa, los riesgos excluidos de la cobertura de la póliza; así, en el Acuerdo marco del grupo de empresas formado por Altadis, S.A. y Legista, S.A. (BOE de 26-9-2007) se establece que: “*Riesgos excluidos: La provocación intencionada del accidente por el propio asegurado, así como el suicidio o tentativa de suicidio de los asegurados y los accidentes ocurridos al asegurado como consecuencia de su estado de inconsciencia o enajenación mental, originados por cualquier causa. Así como los accidentes causados por imprudencia o negligencia grave del asegurado, declarado así judicialmente. Accidentes sufridos por el asegurado mientras esté bajo los*

³²⁴ Con términos semejantes, CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007).

³²⁵ VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007).

³²⁶ CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007), I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007), I CC de Endesa Ingeniería, S.L. (BOE de 14-7-2007).

³²⁷ I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa “Spanair, S.A.” (BOE de 11-1-2007), I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007).

³²⁸ CC de la empresa Seguridad Gallega Nosa Terra, S.A (SEGANOSA) (BOE de 24-1-2007).

³²⁹ CC de la industria textil, de fibras de recuperación y ramo de agua de la misma (BOE de 4-1-2007), XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007), V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC de la Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (BOE de 13-6-2007), CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007).

³³⁰ CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3-9-2007).

efectos del alcohol o de cualquier droga o fármacos no prescritos médicamente. Participación del asegurado en actos delictivos, alborotos, reyertas o luchas, salvo que en este último caso hubiere actuado en legítima defensa. Participación del asegurado en carreras o apuestas, la práctica como profesional de cualquier deporte, así como en todo caso cualquier deporte que implique riesgos aéreos...Acontecimientos de guerra, aun cuando no haya sido declarada, rebeliones, tumultos populares, motines o hechos de carácter político o social. Reacción o radiación nuclear o contaminación radioactiva. Accidentes ocurridos antes de la fecha de efecto del seguro respecto del asegurado de que se trate. Riesgos amparados por el Consorcio de Compensación de seguros. El infarto de miocardio, salvo que se contrate específicamente dicha cobertura. Los ataques de apoplejía, los accidentes cerebrovasculares y cualquier afección de la arteria coronaria, así como anomalías congénitas o consecuencias de éstas. Las hernias de cualquier clase, esfuerzos musculares o lumbago, que no sean de origen traumático. Los que sobrevengan durante el parto y sus consecuencias..”.

e) Convenios (1,09%) que se refieren a los riesgos que se produzcan con ocasión o como consecuencia del trabajo³³¹.

f) Convenios (1,09%) que, con términos poco claros, incluyen la muerte natural, la invalidez permanente laboral sobrevenida y el accidente laboral³³².

g) Convenios (1,09%) que sólo protegen la enfermedad común y el accidente³³³.

h) Convenios (14,13%) que, con un carácter aún más restrictivo, sólo se protegen los casos de accidente de trabajo³³⁴. En algún caso se define incluso que cabe entender por accidente de trabajo, señalándose que: *“El seguro deberá indemnizar las consecuencias de fallecimiento, gran invalidez, incapacidad absoluta e invalidez permanente total y parcial de los accidentes laborales que pudiera sufrir el personal de los Centros asegurados, de acuerdo con la definición de accidentes laborales que recoge la vigente legislación en materia de Seguridad Social, a excepción de las*

³³¹ IV CC de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17-3-2007).

³³² CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007).

³³³ CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007).

³³⁴ CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), CC de la empresa Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L. (BOE de 17-1-2007), CC de Albatros Alcázar Servicios Industriales (BOE de 9-2-2007), IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007), CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), CC de Investigación y Control de Calidad, S.A. (BOE de 30-3-2007), CC de Marodri, S.L. (BOE de 12-4-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007), CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007).

enfermedades profesionales, con expresa inclusión de los accidentes <in itinere>, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado..”³³⁵.

i) Convenios colectivos (2,17%) que incluyen el accidente de trabajo y la enfermedad profesional³³⁶.

j) Convenios (un 1,09%) que respecto del fallecimiento se refieren al accidente y en el caso de la incapacidad permanente se limitan a la producida exclusivamente durante la prestación de trabajo o en aquellos accidentes laborales producidos “in itinere”³³⁷.

Respecto al importe de la mejora voluntaria, las fórmulas presentes en la reciente negociación colectiva son variadas:

- Convenios colectivos (un 38,04%) que prevén la misma cuantía para todas las contingencias³³⁸.

³³⁵ CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007).

³³⁶ 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007), III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007).

³³⁷ CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007).

³³⁸ CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa “Spanair, S.A.” (BOE de 11-1-2007), CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), CC de la empresa Hertz España, S.A. (BOE de 17-1-2007), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007), CC de Servicontrol, S.L. (BOE de 24-1-2007), Convenio colectivo del Grupo Negocios de Ediciones y Publicaciones, S.L. (BOE de 31-1-2007), CC de Albatros Alcázar Servicios Industriales (BOE de 9-2-2007), I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007), CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), IV CC de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17-3-2007), CC empresa nacional Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (BOE de 19-3-2007), CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), CC de Investigación y Control de Calidad, S.A. (BOE de 30-3-2007), CC de Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.p.A. (BOE de 12-4-2007), CC de Ediciones Primera Plana, S.A. y otros (BOE de 18-4-2007), I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007), CC de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Miele, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007), CC de “The Disney Store Spain, S.A.” (BOE de 10-7-2007), CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), I CC de Endesa Ingeniería, S.L. (BOE de 14-7-2007), II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007), CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007), CC

- Convenios (8,70%) que establecen una cuantía superior para el caso de la incapacidad permanente y menor en el supuesto de muerte³³⁹.

- Convenios (1,09%) en los que la cuantía de la indemnización depende de la situación familiar del trabajador³⁴⁰.

- Convenios (un 3,26%) que recogen una cantidad superior para los casos de accidente de circulación (45.075,90 euros) y de accidente (30.050,60 euros) frente al supuesto de las causas naturales (15.025,30 euros)³⁴¹.

- Convenios (7,61%) que fijan una cantidad superior en el caso de accidente de circulación³⁴².

- Convenios (1,09%) que establecen un importe superior para el supuesto de muerte (9.000 euros) que para el caso de incapacidad permanente absoluta (6.900 euros)³⁴³.

- Convenios (1,095) que fijan una cantidad superior para el caso en que la contingencia se produce durante un desplazamiento motivado por la relación laboral, y para los supuestos de incapacidad permanente³⁴⁴.

- Convenios (1,09%) que prevén un complemento de la correspondiente pensión de incapacidad permanente total, viudedad y orfandad³⁴⁵.

marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 4-9-2007), CC de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007), CC de Ediciones B, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC del grupo de empresas formado por Altadis, S.A. y Legista, S.A. (BOE de 26-9-2007).

³³⁹ XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007), V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L. (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Seguridad Gallega Nosa Terra, S.A. (SEGANOSA) (BOE de 24-1-2007), CC de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

³⁴⁰ CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007).

³⁴¹ VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007). También, CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007), CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007).

³⁴² CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007), XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007), XIV CC de Electrolux Home Products España, S.A. (Servicio post-venta), CC de Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (BOE de 20-9-2007).

³⁴³ CC de la Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (BOE de 13-6-2007).

³⁴⁴ CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007).

³⁴⁵ XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007).

- Convenios (3,26%) que establecen una cantidad superior para el caso de la incapacidad permanente absoluta (38.000 euros), seguida por el fallecimiento (33.000 euros) y la incapacidad permanente total (30.000 euros)³⁴⁶.

- Convenios (1,09%) que incorporan una cuantía superior en el caso de incapacidad permanente absoluta (30.000 euros) y una cantidad inferior cuando se trata de fallecimiento o incapacidad permanente total (21.000 euros)³⁴⁷.

- Convenios (1,09%) que ofrecen una cantidad superior para los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional (36.000 euros), frente al accidente no laboral (33.000 euros)³⁴⁸.

- Convenios que establecen una cantidad superior para el caso del accidente³⁴⁹ (un 9,78%) o para el fallecimiento en accidente³⁵⁰ (un 3,26%). O convenios que fijan una cantidad superior para el caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional³⁵¹ (2,17%), o para el supuesto de accidente trabajo³⁵² (1,09%).

- Convenios (1,09%) que prevén una cantidad superior para el supuesto de invalidez absoluta o gran invalidez (18.000 euros) y una cantidad menor para los casos de muerte o invalidez total (15.000 euros)³⁵³.

- Convenios (1,09%) que recogen una cantidad superior para el supuesto de fallecimiento por accidente de trabajo (9.015 euros) que en caso de muerte natural o invalidez permanente laboral sobrevenida (4.500 euros)³⁵⁴.

³⁴⁶ IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007), CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007).

³⁴⁷ CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3-9-2007).

³⁴⁸ CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007).

³⁴⁹ CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), CC de El mobiliario urbano, S.L.U. (BOE de 8-3-2007), I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007), CC de Arcelor Construcción España, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC de Aceralia Construcción Obras, S.L. (BOE de 14-3-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007), CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007) (accidente laboral), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007).

³⁵⁰ CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007), CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), XX CC de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007).

³⁵¹ IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007).

³⁵² CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007).

³⁵³ CC de Marodri, S.L. (BOE de 12-4-2007).

³⁵⁴ CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007).

- Convenios colectivos (1,09%) que fijan una cantidad superior para el caso de fallecimiento por lesiones cardíacas (125.000 euros), una cantidad intermedia para los supuestos de muerte por accidente o incapacidad absoluta por el mismo motivo (80.000 euros) y una cantidad menor para los casos de muerte natural o incapacidad absoluta por enfermedad (45.000 euros)³⁵⁵.

- Convenios colectivos (1,09%) que prevén un importe superior para el caso de muerte, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez que en el supuesto de incapacidad permanente total³⁵⁶.

- Convenios (un 1,09%) que fijan una cantidad más alta para la muerte y la gran invalidez (17.000 euros) que para la incapacidad permanente absoluta (10.000 euros)³⁵⁷.

- Convenios (1,09%) en los que la cuantía de la indemnización depende del grupo profesional al que pertenece el trabajador asegurado³⁵⁸ o de su categoría profesional³⁵⁹ (un 2,17%).

Y, en fin, respecto a la concreta cuantía a percibir, que suele ser elevada, los convenios colectivos analizados pueden clasificarse en los siguientes grupos:

i) Convenios colectivos (un 34,78%) que prevén una cantidad fija para todos los casos, de, por ejemplo, 20.000, 21.000, 24.040, 30.050,61, 33.000, 42.070, 80.000 euros³⁶⁰, o de una o mensualidad de salario excluida la prorrata de pagas

³⁵⁵ CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007).

³⁵⁶ 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007).

³⁵⁷ II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007).

³⁵⁸ IV CC de Grupo Generali (BOE de 10-4-2007).

³⁵⁹ CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007), CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007).

³⁶⁰ CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), CC para la industria de la confección (BOE de 4-1-2007), I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa "Spanair, S.A." (BOE de 11-1-2007), CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), I CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007), Convenio colectivo del Grupo Negocios de Ediciones y Publicaciones, S.L. (BOE de 31-1-2007), CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007), CC de Albatros Alcázar Servicios Industriales (BOE de 9-2-2007), CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), IV CC de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17-3-2007), CC empresa nacional Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (BOE de 19-3-2007), CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), CC de Investigación y Control de Calidad, S.A. (BOE de 30-3-2007), CC de Cía. Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. para el período 2006-2007 (BOE de 12-4-2007), CC de Ediciones Primera Plana, S.A. y otros (BOE de 18-4-2007), I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), CC de Máquinas Automáticas de

extraordinarias, de tres mensualidades brutas de los conceptos salariales fijos³⁶¹ (un 21,7%), o 2 anualidades de salario real³⁶² (1,09%) o una anualidad y media de salario base, plus convenio y antigüedad³⁶³ (un 1,09%), 6 o 9 pagas del último convenio³⁶⁴ (un 1,09%) o dos anualidades del salario asignado a 1 de enero de cada año de vigencia del convenio o del fijado a la fecha de ingreso de la empresa si éste se produce con posterioridad a dicha fecha³⁶⁵ (un 1,09%).

ii) Convenios (1,09%) que prevén una cantidad fija, pero superior para el caso de la incapacidad permanente, así: 27.054,54 euros por muerte y 34.257,69 euros cuando se trata de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez³⁶⁶; o 18.030,36 euros en caso de muerte y 30.050,61 en caso de incapacidad permanente³⁶⁷ (un 2,17%). O, en fin, 27.045,54 euros para los supuestos de fallecimiento y 33.055,67 euros cuando se trate de incapacidad permanente³⁶⁸.

iii) Convenios (1,09%) en los que la cuantía de la indemnización depende del salario base anual percibido por el trabajador³⁶⁹.

Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007), CC de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007), CC de "The Disney Store Spain, S.A." (BOE de 10-7-2007), CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), I CC de Endesa Ingeniería, S.L. (BOE de 14-7-2007), II CC de Areva T&D Ibérica, S.A. (BOE de 16-8-2007), III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007), CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007), CC marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 4-9-2007), CC de Ediciones B, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC del grupo de empresas formado por Altadis, S.A. y Legista, S.A. (BOE de 26-9-2007).

³⁶¹ CC del Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A. (BOE de 19-4-2007), CC de Miele, S.A. (BOE de 15-6-2007).

³⁶² CC de Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.p.A. (BOE de 12-4-2007).

³⁶³ CC de la empresa Hertz España, S.A. (BOE de 17-1-2007).

³⁶⁴ CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007).

³⁶⁵ CC de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007).

³⁶⁶ CC de la empresa Seguridad Gallega Nosa Terra, S.A (SEGANOSA) (BOE de 24-1-2007).

³⁶⁷ V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007). También, XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007).

³⁶⁸ CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007). También se incluyen en este grupo de convenios: CC de la empresa Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L. (BOE de 17-1-2007), CC de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007), CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

³⁶⁹ CC de Servicontrol, S.L. (BOE de 24-1-2007).

iv) Convenios (1,09%) en los que la cuantía de la indemnización es una anualidad del salario bruto anual, o dos anualidades si se trata de un accidente³⁷⁰.

v) Convenios que recogen una cantidad fija, pero superior para el caso del accidente de circulación y del accidente³⁷¹ (8,70%), o para el supuesto de accidente de circulación³⁷² (2,17%).

A modo de ejemplo, el convenio colectivo de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007) establece que: *".. Las indemnizaciones amparadas por estos seguros, serán para todos los trabajadores: a) Muerte natural: 1,5 veces el Salario Base. b) Muerte por accidente: 3 veces el Salario Base. c) Incapacidad permanente, total y absoluta: 1,5 veces el Salario Base. d) El mismo concepto anterior, por accidente laboral: 3 veces el Salario Base. e) Muerte por accidente de circulación excluidas las motocicletas, salvo que en su trabajo utilice este medio: 4,5 veces el Salario Base. f) Incapacidad permanente total para su profesión habitual: 1,5 veces el Salario Base.."*

vi) Convenios colectivos (1,09%) que establecen una cantidad fija, pero superior para el supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional (36.000 euros) que para el caso de accidente no laboral (33.000 euros)³⁷³.

vii) Convenios (1,09%) que prevén una cantidad superior para el caso de incapacidad permanente absoluta (38.000 euros) y menor en el supuesto de fallecimiento (33.000 euros) e incapacidad permanente total (30.000 euros)³⁷⁴.

³⁷⁰ I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007). También prevén una cantidad superior para el caso de accidente: CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007), CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007) <100 por 100 de las remuneraciones fijas brutas de los 12 meses anteriores si se trata de enfermedad y el 300 por 100 si es un accidente>, CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), CC de El mobiliario urbano, S.L.U. (BOE de 8-3-2007), CC de Arcelor Construcción España, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC de Aceralia Construcción Obras, S.L. (BOE de 14-3-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007), CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007), XX CC de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007), CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007).

³⁷¹ VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007). También, CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007), CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007), XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007), XIV CC de Electrolux Home Products España, S.A. (Servicio post-venta).

³⁷² CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (BOE de 20-9-2007).

³⁷³ CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007).

viii) Convenios que fijan una cantidad superior cuando se trata de invalidez absoluta o gran invalidez (18.000 euros) que del fallecimiento o invalidez total del trabajador (15.000 euros).

ix) Convenios (1,09%) que establecen una cantidad superior para el supuesto de fallecimiento por accidente laboral que para el caso de muerte natural o invalidez permanente laboral sobrevenida³⁷⁵.

x) Convenios colectivos (1,09%) que fijan una cantidad superior para el caso de fallecimiento por lesiones cardíacas (125.000 euros), una cantidad intermedia para los supuestos de muerte por accidente o incapacidad absoluta por el mismo motivo (80.000 euros) y una cantidad menor para los casos de muerte natural o incapacidad absoluta por enfermedad (45.000 euros)³⁷⁶.

xi) Convenios (1,09%) que recogen una cantidad superior para el caso de muerte (9.000 euros) que para el supuesto de incapacidad permanente absoluta (6.900 euros)³⁷⁷.

xii) Convenios (1,09%) que establecen una cantidad superior para el supuesto de muerte, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez (39.700 euros) que para el caso de incapacidad permanente total (27.000 euros)³⁷⁸.

xiii) Convenios (1,09%) que fijan un complemento a cargo de la empresa de la correspondiente pensión de incapacidad permanente total, de viudedad u orfandad³⁷⁹.

xiv) Convenios (1,09%) que fijan una cantidad superior para los casos de muerte, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional (43.000 euros), una cantidad intermedia para el supuesto de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional (25.000 euros) y una cantidad menor cuando se trata de muerte derivada de enfermedad común o accidente no laboral (una mensualidad de todos los conceptos de las tablas del convenio colectivo aplicable en cada momento)³⁸⁰.

³⁷⁴ IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007).

³⁷⁵ CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007).

³⁷⁶ CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007).

³⁷⁷ CC de la Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (BOE de 13-6-2007).

³⁷⁸ 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007).

³⁷⁹ XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007).

³⁸⁰ IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007).

xv) Convenios (1,09%) que recogen una cantidad superior para el fallecimiento y la gran invalidez (17.000 euros) que para el caso de incapacidad permanente absoluta (10.000 euros)³⁸¹.

xvi) Convenios colectivos (1,09%) que establecen una cantidad superior cuando la incapacidad permanente o la muerte se deben a un accidente de trabajo³⁸².

xvii) Convenios (1,09%) en los que la cuantía a percibir depende del grupo profesional del trabajador asegurado³⁸³ o de su categoría profesional³⁸⁴ (2,17%).

xviii) Convenios (1,09%) que reconocen una indemnización superior para los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional (42.000 euros) que para los casos de accidente no laboral o enfermedad común (una mensualidad del salario real)³⁸⁵.

xix) En algún convenio (1,09%) el importe de la ayuda depende de la edad del trabajador³⁸⁶.

xx) Convenios (1,09%) que fijan una cantidad superior cuando la contingencia se haya producido durante un desplazamiento motivado por la relación laboral así como en el caso de incapacidad permanente³⁸⁷.

xxi) Convenios (1,09%) que establecen un importe superior en los casos de incapacidad permanente absoluta (30.000 euros) que en los supuestos de incapacidad permanente total y fallecimiento (21.000 euros)³⁸⁸.

xxii) Convenios (1,09%) en los que la indemnización depende de la situación familiar del trabajador³⁸⁹.

Finalmente, cabe destacar que, algunos convenios colectivos (2,17%) – escasos- establecen, junto al correspondiente contrato de seguro, el pago de una indemnización a los herederos del trabajador en el caso de fallecimiento, con

³⁸¹ II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007).

³⁸² CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007).

³⁸³ IV CC de Grupo Generali (BOE de 10-4-2007).

³⁸⁴ CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007), CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007).

³⁸⁵ CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007).

³⁸⁶ CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007).

³⁸⁷ CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007).

³⁸⁸ CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3-9-2007).

³⁸⁹ CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007).

una cuantía escasa (dos mensualidades del salario o quince días de salario)³⁹⁰. Y también cabe citar convenios (1,09%) que prevén el pago de una ayuda complementaria a la indemnización derivada del contrato de seguro (30 pagas, de las que hay que descontar la indemnización percibida por el seguro) para aquellos trabajadores que se hubieran incorporado a la empresa con anterioridad a una determinada fecha³⁹¹.

Y también existen convenios (2,17%) que recogen, junto al contrato de seguro, el abono de un complemento de las pensiones de viudedad y orfandad –consistente en el pago de un complemento equivalente al 10% de la correspondiente pensión de la Seguridad Social-³⁹².

O, en fin y por último, también cabe citar convenios colectivos (1,09%) que precisan que el capital asegurado será, en todo caso, el asegurado en el momento del hecho causante, definiendo dicho concepto³⁹³.

C. La forma de articular la protección: El contrato de seguro.

Respecto a la forma de articular la correspondiente mejora voluntaria, lo más frecuente (un 91,30% de los convenios) –y acertado, teniendo en cuenta la obligación de externalización de los compromisos de pensiones analizada en el Capítulo I de este trabajo–, es recurrir a una póliza de seguros (de vida, de accidentes, individual, colectiva)³⁹⁴.

³⁹⁰ CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007).

³⁹¹ CC de Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 23-3-2007).

³⁹² CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007).

³⁹³ CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007).

³⁹⁴ CC de la industria textil, de fibras de recuperación y ramo de agua de la misma (BOE de 4-1-2007), CC general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4-1-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007), XII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (BOE de 9-1-2007), I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa “Spanair, S.A.” (BOE de 11-1-2007), CC de trabajo de la empresa Fernando Buil, S.A. y sus trabajadores (BOE de 15-1-2007), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Hertz España, S.A. (BOE de 17-1-2007), V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC de la empresa Seguriber Compañía de Servicios Integrales, S.L. (BOE de 17-1-2007), CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007), CC de la empresa Seguridad Gallega Nosa Terra, S.A. (SEGANOSA) (BOE de 24-1-2007), CC de Servicontrol, S.L. (BOE de 24-1-2007), CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007), CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007), Convenio colectivo del Grupo Negocios de Ediciones y Publicaciones, S.L. (BOE de 31-1-2007), I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007), CC de Albatros Alcázar Servicios Industriales (BOE de 9-2-2007), VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007), IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007), CC de Aceralia Transformados, S.A. (BOE de 26-2-2007), CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008

Cabe tener presente, no obstante, que algunos convenios establecen que los propios trabajadores participarán en el coste del seguro, prorrateando por partes iguales entre la empresa y el propio trabajador los gastos de

(BOE de 26-2-2007), CC de El mobiliario urbano, S.L.U. (BOE de 8-3-2007), CC de Arcelor Construcción España, S.L. (BOE de 14-3-2007), CC de Aceralia Construcción Obras, S.L. (BOE de 14-3-2007), III CC Interprovincial de la empresa Disminuidos Físicos de Aragón (BOE de 16-3-2007), IV CC de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17-3-2007), CC de Sociedad General de Autores y Editores para el período 2006-2008 (BOE de 23-3-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007), CC de Investigación y Control de Calidad, S.A. (BOE de 30-3-2007), V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007), I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007), CC de Cía. Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A. para el período 2006-2007 (BOE de 12-4-2007), CC de Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.p.A. (BOE de 12-4-2007), CC de Marodri, S.L. (BOE de 12-4-2007), CC de Ediciones Primera Plana, S.A. y otros (BOE de 18-4-2007), CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007), CC de Cargill España, S.A. (BOE de 26-4-2007), I CC de empresas de centros de jardinería (BOE de 28-4-2007), VII CC de González Fierro, S.A. (BOE de 3-5-2007), I CC de Nuclenor, S.A. (BOE de 4-5-2007), CC de Gestión y Servicios de empresas de Melilla, S.L. (BOE de 3-5-2007), CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007), CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007), CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007), CC de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), CC de la Asociación Benéfica Reto a la Esperanza (BOE de 13-6-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Miele, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Centro Farmacéutico, S.L. (BOE de 18-6-2007), CC de Corporación de Medios de Murcia, S.A. (BOE de 2-7-2007), CC de Cargill España, S.A. y AOP Iberia, S.L. (BOE de 2-7-2007), CC de "The Disney Store Spain, S.A." (BOE de 10-7-2007), CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007), XX CC de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007), CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), I CC de Endesa Ingeniería, S.L. (BOE de 14-7-2007), 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007), IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007), II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007), III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007), XIV CC de Autopistas Concesionaria Española, S.A.U. (BOE de 3-8-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007), CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007), CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007), CC marco para los establecimientos financieros de crédito (BOE de 4-9-2007), CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007), CC de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007), CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007), CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007), XIV CC de Electrolux Home Products España, S.A. (Servicio post-venta), XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC de Ediciones B, S.A. (BOE de 11-9-2007), CC de Sanyo España, S.A. (BOE de 14-9-2007), CC de Alternativa Comercial Farmacéutica, S.A. (BOE de 20-9-2007), CC del grupo de empresas formado por Altadis, S.A. y Legista, S.A. (BOE de 26-9-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

administración de la prima bruta³⁹⁵ (1,09%), o fijando una cantidad inferior para el trabajador³⁹⁶ (5,43%).

En algún caso se prevé que todo trabajador incluido en la póliza podrá ampliar el capital garantizado hasta el doble de su aportación inicial³⁹⁷ (un 1,09%) o ampliar la cobertura de la póliza a su exclusivo cargo³⁹⁸ (2,17%).

Y, en fin, también es importante destacar que algunos convenios colectivos (1,09%) de empresa, escasos, regulan expresamente las causas que determinan la suspensión de la póliza de seguros (supuestos de suspensión de la relación laboral, salvo las situaciones asimiladas al alta) y, en consecuencia, de la propia mejora voluntaria³⁹⁹. A nuestro entender, este tipo de cláusula debería generalizarse, en cuanto evitan posibles reclamaciones judiciales.

En la misma línea anterior, algún convenio (1,09%) señala expresamente que la cobertura del riesgo asegurado quedará extinguida por el cese de la relación laboral del trabajador por su jubilación u otra de las causas legalmente reconocidas⁴⁰⁰.

Y también cabe destacar que algún convenio colectivo (3,26%) no prevé el recurso a la póliza de seguros al establecer el pago de una cuantía escasa para afrontar la defunción de un trabajador, cantidad que se abonará al cónyuge, o en su defecto, a sus herederos que con él convivan (ayuda para gastos de sepelio)⁴⁰¹.

Y junto a ello, cabe citar convenios, escasos, que junto a la póliza de seguros recogen un complemento de la pensión de viudedad y de orfandad a cargo directo de la propia empresa; así, en el convenio colectivo de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007) se establece que: “... Cuando un trabajador de BAT España, S.A. fallezca dejando viuda/o que perciba pensión de viudedad de la Seguridad Social, la Empresa concederá a aquél un complemento

³⁹⁵ VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007).

³⁹⁶ CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007), XX CC de Sociedad Española de Instalaciones Redes Telefónicas, S.A.U. (BOE de 17-7-2007) <75% empresa y 25% trabajador>, I CC de Nuclenor, S.A. (BOE de 4-5-2007), XIV CC de Autopistas Concesionaria Española, S.A.U. (BOE de 3-8-2007), CC de Agfa Gevaert, S.A.U., (BOE de 27-8-2007).

³⁹⁷ CC suscrito por las empresas del Grupo Tafisa y sus trabajadores 2006/2009 (BOE de 17-7-2007).

³⁹⁸ CC para Fujitsu España Services, S.A. y Fujitsu España, S.A. (BOE de 11-7-2007), CC de Wincor-Nixdorf, S.L.U. (BOE de 19-4-2007).

³⁹⁹ VII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE de 12-2-2007).

⁴⁰⁰ CC de Bombardier European Investments, S.L.U. (BOE de 7-9-2007).

⁴⁰¹ CC del Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A. (BOE de 19-4-2007). También, CC para la industria de la confección (BOE de 4-1-2007), CC empresa nacional Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (BOE de 19-3-2007).

equivalente al 10% de la pensión que le corresponda por la Seguridad Social”⁴⁰². Tal y como hemos venido afirmando a lo largo de este trabajo, este tipo de complemento debería haberse externalizado a través de un plan de pensiones y/o contrato de seguro.

Finalmente en este ámbito cabe tener muy presente que, algún convenio, haciendo uso de la excepción citada en el Capítulo I de este trabajo respecto de la obligación externalización de los compromisos de pensiones en el caso de las entidades aseguradoras y financieras, no recurre a la fórmula del contrato de seguro sino que regula el pago de complementos de pensiones a cargo de fondos internos en los casos de incapacidad permanente total, viudedad y orfandad. De este modo, en el XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007), se establece que: *“Las Empresas satisfarán a los trabajadores que queden en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual o incapacidad permanente absoluta para toda profesión, a partir de la fecha en que se declare una u otra situación, una cantidad tal que, sumada a la pensión que el inválido perciba de la Seguridad Social como consecuencia de su actividad bancaria, le suponga una percepción total anual igual al 100 por ciento de la que le correspondería como si en dicha fecha estuviese en activo, excluido el cuarto de pago establecido... por aplicación del Convenio, incluida la ayuda familiar, y una vez deducida la cuota de la Seguridad Social a cargo del trabajador. La Empresa abonará la cantidad a su cargo por dozavas partes en cada mes natural..”⁴⁰³.*

D. El alcance temporal de la mejora voluntaria.

Aunque son escasos, cabe citar convenios colectivos (2,17%) que prevén expresamente cuándo entrará en vigor la obligación de la empresa de suscribir o de modificar la correspondiente póliza de seguros⁴⁰⁴. Convenios (1,09%) que

⁴⁰² CC de Saint-Gobain Vicasa, S.A. (BOE de 10-9-2007).

⁴⁰³ XXI CC de Banca (BOE de 16-8-2007), art. 35. En el caso de viudedad (art. 37) se prevé que: “1. Se establece una pensión complementaria a favor de los viudos de los trabajadores.. 2. La cuantía de dicha pensión de viudedad es complementaria de la que corresponda por el Régimen General de la Seguridad Social, debiendo alcanzar la suma de ambas cantidades el 50 por 100 de la base que se determina en el apartado siguiente. 3. La base para el cálculo de la pensión de viudedad será el total de percepciones del causante, excluido el cuarto de paga.. deducidas las cuotas a su cargo de la Seguridad Social, en el momento del fallecimiento, derivadas de la aplicación del Convenio, incluida la ayuda familiar. En el supuesto de que el fallecido se encontrase en situación de jubilado o inválido, la base mensual vendrá determinada por la pensión de jubilación o invalidez que percibiera de la Seguridad Social, más en su caso, la prestación que por el mismo concepto percibiera de la Empresa”. También se prevé una pensión complementaria de la pensión de orfandad y un supuesto especial para el caso del fallecimiento en acto de servicio. Y, en fin, en este convenio también se recoge un seguro de vida cuyo único beneficiario es el último cónyuge sobreviviente.

⁴⁰⁴ CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007): “La empresa dispone de un plazo de treinta días a partir de la fecha de aprobación del Convenio por la Comisión Negociadora, para formalizar la modificación de la

establecen que las empresas dispondrán de un plazo de 3 meses, a partir de la fecha de la publicación del convenio, para adecuar las pólizas contratadas a las nuevas coberturas⁴⁰⁵. O convenios (1,09%) que manifiestan que la mejora voluntaria tendrá efectos a partir de la fecha de comienzo de su plazo de duración para los trabajadores que se encuentren en plantilla en esa fecha y a partir del primer día del mes siguiente de ser dado de alta en la empresa en el resto de los casos⁴⁰⁶.

También cabe citar convenios que manifiestan que las empresas se comprometen dentro de los 90 días siguientes al registro del convenio a constituir una póliza de seguros⁴⁰⁷ (1,09%), o que ésta tendrá efectos a partir de la publicación del convenio colectivo en el Boletín Oficial del Estado y durante toda la vigencia del mismo⁴⁰⁸ (1,09%), o que las indemnizaciones pactadas comenzarán a obligar a los 30 días de la publicación del convenio⁴⁰⁹ (1,09%) o a partir de la entrada en vigor del convenio colectivo⁴¹⁰ (1,09%).

En algún convenio se señala simplemente la obligación de la empresa de contratar anualmente una póliza de seguro de vida y de accidentes⁴¹¹ (1,09%), o que la cobertura deberá abarcar toda la vigencia del convenio colectivo⁴¹² (1,09%).

También existen convenios que prevén que la cobertura de la mejora voluntaria se produce a partir de una fecha en concreto; así, CC de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 31-1-2007): *“Estas coberturas se garantizan mediante la contratación de una póliza para los empleados y toman efecto desde el 1/1/2006..”*.

Y, por otra parte, en algunos convenios colectivos se señala que la correspondiente póliza de seguros se revisará bianualmente⁴¹³ (1,09%) o

póliza a fin de adecuarla a las cantidades que se aseguran o garantizan..”. También, CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007).

⁴⁰⁵ IV CC nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26-2-2007).

⁴⁰⁶ CC de La Veneciana Crisa-Norte, S.A. (BOE de 1-9-2007).

⁴⁰⁷ IV CC de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17-3-2007).

⁴⁰⁸ III CC estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24-8-2007).

⁴⁰⁹ IV CC General del Sector de la Construcción (BOE de 17-8-2007), CC del sector del corcho (BOE de 9-1-2007).

⁴¹⁰ CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007).

⁴¹¹ CC de Ediciones Primera Plana, S.A y otros (BOE de 18-4-2007).

⁴¹² CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007).

⁴¹³ CC de Ibermática, S.A. (BOE de 18-5-2007).

renovará anualmente⁴¹⁴. O se prevé expresamente la obligación de actualización permanente de la póliza de seguros⁴¹⁵ (3,26%).

Y, en fin, algunos convenios prevén que la indemnización podrá exigirse para el caso de los accidentes que ocurran a partir de los 30 días siguientes a la firma del convenio colectivo de la empresa⁴¹⁶ (1,09%).

Estos tipos de cláusulas deberían generalizarse en la práctica negocial ya que podrían evitar futuros litigios, para los casos, por ejemplo, en que el hecho causante de la indemnización es anterior a la suscripción de la póliza de seguros o incluso anterior al propio establecimiento de la obligación convencional de suscribirla. De no preverse ningún límite temporal respecto de este tipo de mejora voluntaria, la empresa estará obligada a responder de todos los siniestros que se hayan causado desde la entrada en vigor del correspondiente convenio colectivo⁴¹⁷. Y también resulta acertado establecer, tal y como aparece en algún convenio, compromisos de revisión periódica del contenido de la correspondiente póliza.

E. Trámites formales.

Son escasos los convenios colectivos que establecen trámites formales en torno a este tipo de mejora voluntaria, previéndose, por ejemplo, que el trabajador o su beneficiario en caso de fallecimiento deberán acreditar fehacientemente ante la empresa la contingencia originadora de la percepción de la indemnización y el resultado que de ella se haya derivado⁴¹⁸ (un 2,17%). O se recoge la obligación de que la incapacidad permanente resulte probada mediante resolución administrativa o judicial firme⁴¹⁹ (3,26%) o la exigencia de que los beneficiarios cumplan los requisitos legales establecidos por la compañía aseguradora⁴²⁰ (1,09%).

⁴¹⁴ CC de Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros (BOE de 30-1-2007), CC de Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (BOE de 13-6-2007), CC del Grupo Liberty (BOE de 4-9-2007).

⁴¹⁵ V CC de Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U. (BOE de 10-4-2007).

⁴¹⁶ 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007).

⁴¹⁷ Tal y como reconoce el II CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE de 21-8-2007) y el CC de Hero España, S.A. (BOE de 2-6-2007).

⁴¹⁸ CC de Renault España, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 1-6-2007).

⁴¹⁹ CC de BSH Interservice Zona 3 (BOE de 5-9-2007), II CC de BSH Interservice Zona 4 (BOE de 5-9-2007), CC de BSH Interservice Zona 2 (BOE de 6-9-2007).

⁴²⁰ XXI CC de Electrolux Home Products España, S.A. (BOE de 11-9-2007).

Desde una perspectiva distinta, algunos convenios prevén que el abono de las cantidades establecidas en la póliza de seguros se realizará en un plazo no superior a 2 meses después de completar la documentación pertinente que deba adjuntarse a la solicitud por los beneficiarios⁴²¹ (1,09%).

F. La participación de la representación de los trabajadores.

En este ámbito cabe poner de manifiesto que son escasos los convenios colectivos (5,43%) -tanto empresariales como supraempresariales- que prevén que la empresa tendrá la obligación de facilitar una copia de la correspondiente póliza de seguros a la representación legal de los trabajadores⁴²², o al comité de intercentros y no existe a la representación legal de los trabajadores⁴²³ (1,09%).

También existen convenios colectivos supraempresariales que señalan que las empresas están obligadas a notificar a los representantes de los trabajadores los pormenores de la póliza de seguros así como los procedimientos a seguir en caso de siniestros⁴²⁴ (2,17%).

Y, en fin, en algún convenio se afirma que la empresa queda obligada a entregar al comité de empresa o delegado de personal una fotocopia de la póliza y de los recibos de pago de la prima⁴²⁵ (1,09%). O convenios que prevén que, a instancias de la representación de los trabajadores, las empresas facilitarán copia de la póliza de seguros⁴²⁶ (3,26%).

Por otra parte y desde una perspectiva diferente, algunos convenios colectivos establecen que, dentro de los 60 días siguientes a la contratación o renovación de la póliza, la empresa deberá facilitar una fotocopia de la misma a

⁴²¹ CC de British American Tobacco España, S.A. (BOE de 11-9-2007).

⁴²² I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa "Spanair, S.A." (BOE de 11-1-2007), I CC de las Uniones Temporales de Empresas de Globalia Handling (BOE de 9-2-2007), I CC del grupo de empresas Bureau Veritas (BOE de 12-4-2007), 2º CC de Cía Logística Acotral, S.A. Transportes consolidados Andaluces, S.L. y Acontral Distribuciones Canarias, S.A. (BOE de 11-7-2007), I CC de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de Spanair, S.A. (BOE de 27-9-2007).

⁴²³ CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17-1-2007).

⁴²⁴ V CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE de 17-1-2007), CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 7-6-2007).

⁴²⁵ CC para la industria de alimentos compuestos para animales para el período 2006-2008 (BOE de 18-1-2007).

⁴²⁶ CC nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas 2006-2008 (BOE de 26-2-2007), CC de Moderropa, S.A. (BOE de 15-6-2007), CC de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31-8-2007).

cada trabajador⁴²⁷ (1,09%), o se establece que la empresa proporcionará al personal afectado información sobre las características del seguro⁴²⁸ (1,09%).

III. Conclusiones.

De lo señalado en los apartados anteriores se deduce, sin duda alguna, que las mejoras voluntarias vinculadas con las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia siguen siendo un elemento clave dentro de la reciente negociación colectiva. Sin embargo, el análisis convencional realizado también revela algunos elementos, que sirven de base para la elaboración de algunas consideraciones y recomendaciones:

- Tal y como se ha constatado, existe una gran diversidad a la hora de regular o establecer aspectos como las contingencias protegidas – grados de incapacidad permanente- o los propios riesgos protegidos – sólo accidente, también enfermedad...-, pero, a nuestro entender, en este ámbito es especialmente recomendable que los convenios colectivos definan con el mayor rigor y claridad posibles cuál es el alcance real de la mejora voluntaria que se establece –riesgo protegido, grado de incapacidad permanente protegido, momento del hecho causante..- con el objetivo de evitar posibles litigios. En algunos casos, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, los términos convencionales no son suficientemente claros.
- También sería recomendable que las partes negociadoras de los convenios estableciesen con la máxima claridad posible quiénes son los beneficiarios de las mejoras voluntarias o bien que estableciesen un procedimiento concreto que lleve a determinar con el mayor rigor posible quiénes son aquéllos. En este punto cabe recordar que, tal y como han afirmado los Tribunales, la identificación de los beneficiarios que se lleve a cabo en el convenio colectivo o en la correspondiente póliza de seguros por parte del trabajador, prevalecen frente a los fijados en la correspondiente normativa de Seguridad Social.
- También cabe recordar que, en este ámbito se entrecruzan las mejoras voluntarias con la legislación mercantil sobre contrato de seguros y que los Tribunales han establecido que, en caso de discordancia, prevalecen las primeras. Ello supone que resulta especialmente importante generalizar aquellas cláusulas –ya presentes, como hemos visto, en algunos convenios- que fijan el momento concreto de la entrada en vigor de la correspondiente mejora voluntaria, evitando

⁴²⁷ CC estatal de estaciones de servicio (BOE de 26-3-2007).

⁴²⁸ CC de las Delegaciones Comerciales de Helados y Postres, S.A. (BOE de 1-9-2007).

así reclamaciones judiciales y la correspondiente responsabilidad empresarial en cuanto al pago de la mejora voluntaria.

- También cabe señalar que la importante presencia en la reciente negociación colectiva de los contratos de seguro se debe al hecho de que, tal y como se constata en otro capítulo de este trabajo, la presencia en la misma de los planes de pensiones, aunque se ha incrementado en los últimos años, sigue siendo bastante escasa.
- Y, finalmente, cabe recordar que el empresario resultará directamente responsable del pago de la correspondiente indemnización o mejora voluntaria cuándo lo previsto en el convenio colectivo no resulte suficientemente claro, no se haya concertado la correspondiente póliza de seguros o ésta resulte insuficiente.