

ARTÍCULOS

Reflexiones, a contracorriente, sobre las mejoras voluntarias de la seguridad social

Miquel Àngel Falguera Baró

Magistrado especialista TSJ Catalunya

1. LAS CONEXIONES (Y DESAJUSTES) ENTRE EL DERECHO CONTRACTUAL Y EL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En la esfera iuslaboralista son frecuentes las intersecciones de sus vertientes contractual y prestacional lo que genera una extraña relación que, pese a su naturaleza simbiótica -puesto que una y otra se complementan-, no deja de conllevar problemas prácticos, en tanto que un mismo derecho puede ser analizado desde las dos perspectivas jurídicas, no siempre coincidentes. Surge así una especie de silenciosa y tácita competición entre ambas a fin de imponer sobre la otra su lógica interna, sin que el marco legal nos ofrezca siempre unas reglas claras de juego.

En esta particular competición la normativa de seguridad social se impone a veces por goleada. Un buen ejemplo lo hallaremos en materia de incapacidad temporal, supuesto en que la Ley Estatuto de los Trabajadores se limita -al margen de otra referencias puntuales y accesorias-, a tipificarla como una causa de suspensión contractual, sin mayores concreciones. Para conocer qué se entiende por tal, su duración y régimen jurídico y las causas de extinción hay que acudir al Capítulo V del Título II LGSS (y otros variados y dispersos reglamentos, algunos de ellos prácticamente ignotos).

En otros casos el derecho de la seguridad social gana por un resultado más ajustado, en tanto que la legislación contractual contraataca aportando contenidos sustantivos alternativos, ausente en aquél. Ahí están las previsiones de la Ley Estatuto de los Trabajadores sobre la jubilación forzosa o, en especial, el singular marco regulatorio del contrato de relevo en su sincretismo con la jubilación parcial. Algo similar ocurre con la incapacidad

permanente, en tanto que la norma estatutaria, aunque subordinada también a la Ley General de la Seguridad Social, regula importantes cuestiones como la “suspensión” del vínculo laboral con reserva del puesto de trabajo en el caso lesiones no consolidadas y, por tanto, revisables, o la extinción contractual por calificación como total, absoluta y gran invalidez (previsión legal afectada por la reciente STJUE 18.01.2024 en el asunto Ca Na Negreta y pendiente de un cambio normativo).

Pero también existen supuestos inversos; es decir, aquellos en que la regulación contractual triunfa nítidamente a la normativa prestacional. Valga como ejemplo el acrecimiento de la duración de la lactancia corresponsable y la reducción de jornada por cuidado de hijo afectado de cáncer u otras enfermedades graves, dónde la LGSS se limita a regular la prestación de sustitución de rentas por dichas causas, remitiendo al ET, lo que también sucede cuando la normativa de seguridad social concurre con la de prevención de riesgos laborales, al devenir esta última prioritaria en los supuestos de suspensión contractual en las situaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia.

Sin embargo, hay situaciones en las que el resultado no está claro y se dilucida por una discutible decisión del árbitro, papel que juegan los órganos judiciales. Y creo que no incurrir en el subjetivismo de un forofo al afirmar que en esos partidos tan disputados se tiende a primar la normativa prestacional (en lo que podríamos calificar como “vis atractiva del derecho de la seguridad social”). Un ejemplo de dicha tendencia emergió con el conocido y reciente debate judicial (finalmente resuelto por la STC 140/2024 y otras muchas posteriores) en relación a si la persona titular de una familia monoparental podía o no acumular el período correspondiente a la otra -inexistente- progenitora. La perspectiva de Sala Cuarta del Tribunal Supremo, negando el acrecimiento, fue la del derecho de la seguridad social, obviándose que éste es accesorio, en tanto que no es otra cosa que el reconocimiento legal de una compensación pública por la falta de ingresos derivados de una suspensión contractual regulada en la Ley Estatuto de los Trabajadores (una perspectiva que genera un problema añadido escasamente abordado en la práctica: la legitimación procesal de la empresa). Por el contrario, la Sala Tercera llegó a una conclusión opuesta, al situar su punto de análisis en el artículo 49 EBEP. Y esa dispar visión era en este caso relevante, teniendo en cuenta las notables diferencias que, según la doctrina constitucional, existen a la hora de efectuar el juicio de igualdad entre el ámbito contractual y el de la seguridad social.

Pero si hay un supuesto en el que el “árbitro” (incluyendo también la doctrina académica hegemónica) interviene en el partido en la forma más injusta y abusiva, favoreciendo al derecho de la seguridad social, es (en mi opinión de hinchas del equipo contrario) en la caracterización de las denominadas mejoras voluntarias de la seguridad social.

Echemos mano del VAR y analicemos jugadas polémicas que ponen en evidencia la denunciada iniquidad de la decisión del réferi. Por ejemplo: el marco regulador de la prescripción de las mejoras voluntarias, supuesto en que la jurisprudencia viene afirmando con reiteración y desde antiguo la plena aplicación del artículo 53.1 LGSS, descartándose acudir al régimen jurídico dimanante del art. 59 ET. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a dichas mejoras se rige por un plazo de prescripción de cinco años (entre otras: STS 05.05.2004 -Rec. 391/2003-) y, en el caso que la misma haya sido ya reconocida se aplican los tres meses de caducidad del segundo párrafo del mentado art. 53.1 (por citar la más reciente: sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2025, Rjud. 5047/2022).

¿Qué pinta la seguridad en este tipo de pleitos? Aquello que se debate es un derecho surgido del ámbito contractual o convencional, no del prestacional, como se pone en evidencia si se tiene en cuenta que para modificar las cláusulas pactadas en el contrato el empleador deberá acudir al procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del 41 de la Ley Estatuto de los Trabajadores (STS 19.03.2001, Rcd. 1573/2000) y si lo que pretende es inaplicar las previsiones ad hoc del convenio ha de seguir los trámites legalmente previstos para ello, como expresamente se afirma en la letra g) del apartado 3 del artículo 82 de la norma estatutaria. Añádase que en el terreno procesal no rige en ningún momento la singular perspectiva de la seguridad social, en tanto que las partes son la empresa y la persona asalariada afectada, careciendo las entidades gestoras de legitimación pasiva. Es más, la reclamación sobre mejoras voluntarias puede acumularse con otras pretensiones de tipo salarial (STS 04.04.2006, Rcd. 333/2005), y, sin embargo, no ocurrirá así si se pretende acumular una acción relativa a una prestación de seguridad social con la de la mejora voluntaria que de la misma se deriva (STS 14.07.1997, Rcd. 892/1996). Pues bien, si las mejoras voluntarias nacen de la esfera contractualista y en el ámbito procesal no son asimilables a los procesos de seguridad social ¿por qué aplicamos la normativa prestacional?

Para dar una respuesta cabal a ese interrogante habrá que analizar, en primer lugar, qué son las mejoras voluntarias para, posteriormente, estudiar cuál ha sido su origen y evolución.

2. DE QUÉ HABLAMOS AL REFERIRNOS A LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

a. El marco legal vigente

En la actualidad la regulación de las mejoras voluntarias se halla (además del desarrollo reglamentario, al que luego se hará mención) en el Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que las contempla en varios preceptos en forma dispersa. Con carácter incidental se hace mención a ellas en el artículo 76.3 (por el que se extiende a los organismos que las administran de todas las exenciones tributarias y el resto de beneficios de los que gozan las entidades gestoras y servicios comunes), en la letra d) del artículo 147.2 (exenciones de cotización) y en la DT 3ª (en cuanto al régimen transitorio de los sistemas anteriores a la LGSS de 1966). Pero el núcleo esencial de la regulación se encuentra en la Sección 1ª del Capítulo XVI del Título II, bajo el epígrafe de “*mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General*”.

El artículo 238 incluye en ese enunciado dos supuestos específicos. Conforme al art. 241 uno de ellos consiste en la posibilidad de establecimiento de cotizaciones adicionales derivadas del aumento de los tipos ordinarios de cotización, previa autorización “*a instancias de los interesados*”, cuyo destino es “*la revalorización de las pensiones u otras prestaciones periódicas ya causadas y financiadas con cargo al mismo o para mejorar las futuras*”. Cabe hacer especial mención a que esa posibilidad de mejora, pese a estar prevista ya en la Ley de Bases de Seguridad Social, no ha tenido jamás a lo largo de sesenta años aplicación práctica, por lo que es ésa una praxis inexistente en nuestra realidad.

De esta forma la figura esencial en la materia la constituye la segunda posibilidad legalmente prevista, por tanto, la denominada “*mejora directa de las prestaciones*”, contemplada en los artículos 239 y 240. Conforme al primero de ellos “*las empresas*” pueden aplicarlas voluntariamente (ajustándose a los condicionantes legales) y “*costeándolas a su exclusivo cargo*” (aunque, con autorización del Ministerio del ramo, es posible que las personas trabajadoras hagan aportaciones económicas si voluntariamente así lo desean). Y en cuanto a los modos de gestión de dichas mejoras el artículo 240 hace mención a la propia empresa o a “*la Administración de la Seguridad Social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase*”, a lo que se añade una referencia a las exenciones y particularidades fiscales de las fundaciones laborales. Finalmente (art. 239.2), la ley contiene una cláusula de intangibilidad de las prestaciones periódicas derivadas que las personas beneficiarias estén gozando, debiéndose, en caso de pretenderse anularlas o disminuirlas, acudir a la aplicación de “*las normas que regulan su reconocimiento*”.

Al contenido de los artículos 238 a 241 LGSS debe sumarse la referencia general del artículo 43 de la misma norma, en el que se indica que la acción protectora del sistema de seguridad social en su nivel contributivo puede ser “*mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales*” (pese a que LGSS sólo hace mención a las mejoras en el primero de ellos).

No deja de llamar la atención que la ley nada diga de la posibilidad de plasmar dichas mejoras a través de la negociación colectiva (al limitarlo únicamente a su carácter voluntario por las empresas). A lo que cabe añadir que el citado artículo 43 afirma en forma categórica que, salvo los dos tipos referidos, la seguridad social no puede ser objeto de “*contratación colectiva*”. Ello aboca a un inevitable interrogante: ¿cómo es posible que la Ley General de la Seguridad Social no contenga referencia alguna a la negociación colectiva, cuando es notorio que en general las mejoras voluntarias surgen de la misma? La respuesta se encuentra en la evolución histórica de la figura, que luego analizaremos.

En todo caso, parece evidente que nos hallamos ante una regulación escueta, indeterminada y contradictoria, que sitúa al lector ante múltiples dudas, destacando entre ellas en forma destacada la determinación del propio concepto de “*mejora voluntaria*”, lo que aboca a preguntarse si todas las cláusulas contractuales o convencionales de acrecimiento de la acción protectora pública tienen la naturaleza de mejora voluntaria.

Podría pensarse que esa indeterminación conceptual en la legislación de seguridad social obedece a una delegación en la contractual, puesto que ahí radica el origen de las mejoras voluntarias. Pero ocurre que la Ley Estatuto de los Trabajadores apenas las contempla. Salvo la ya citada concreta mención del artículo 82.3, sólo hallaremos una referencia indirecta en el artículo 20.4, al preverse en el mismo la suspensión “*de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario*” en materia de incapacidad temporal en el caso de que la persona trabajadora se niegue al reconocimiento médico instado por aquél. Por tanto, en la legislación contractual tampoco se nos dice qué hay que entender por mejoras voluntarias.

Es significativo que el EBEP en las letras e) y g) de su artículo 37.1 no utilice en ningún momento la expresión “*mejoras voluntarias*” en relación a los posibles contenidos en los acuerdos colectivos “*en su ámbito respectivo*” (pese a la progresiva integración del

empleo público, incluso funcionarial, en la seguridad social), diferenciando entre “*planes de Previsión Social Complementaria*” y “*criterios generales para la determinación de prestaciones sociales*”.

Ocorre, empero, que paradójicamente sí han existido definiciones de qué debe entenderse por tal. Y, significativamente, dichas definiciones han surgido en el terreno de las normas reguladoras de los actos de cotización a la seguridad social. Repasemos un poco la evolución histórica, en la medida en que de ella se desprende que el propio legislador ha tenido tradicionalmente dudas respecto al concepto de mejoras voluntarias.

Con la instauración del sistema de cotización por salario con la Ley 24/1972 (con la consiguiente supresión del modelo topado por grupos), se vino a regular el carácter no cotizable de “*las prestaciones de la seguridad social y sus mejoras*”, en un redactado que se mantuvo inalterado tanto en el artículo 109.2 f) de la LGSS de 1974 como en el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995 (el Reglamento General sobre Cotización).

Pero, en 1987 se publica la regulación de los fondos y planes de pensiones. Y ahí empieza a emerger alguna duda. Resulta sintomático al respecto que cuando la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la seguridad social tuvo que determinar la naturaleza jurídica de los planes de pensiones a efectos de cotización, en su resolución de 18 de junio de 1991, llegó a la conclusión que las aportaciones empresariales estaban exentas, al equipararlas a las cotizaciones adicionales (tipo de mejora voluntaria hoy desaparecido). Sin embargo, parece que poco tiempo después –en concreto, en el año 1997– el legislador tuvo dudas sobre esa general exoneración, lo que dio lugar a que en la Ley 13/1996 se modificase el texto de la entonces vigente Ley General de la Seguridad Social, remitiendo a un desarrollo reglamentario, que se concretó con el RD 1426/1997. Y en el mismo se contenía una específica regulación de las mejoras voluntarias –manteniéndose la exclusión de cotización– del siguiente tenor literal: “*las percepciones entregadas directamente por las empresas a los trabajadores o asimilados así como las aportaciones efectuadas por aquéllas a que se refiere el artículo 193 de la Ley General de la seguridad social, siempre que el beneficio obtenido por el interesado suponga un complemento de la percepción que le otorga el sistema de la seguridad social en su modalidad contributiva*”. Si se tiene en cuenta que dicho artículo 193 se refería a las contribuciones efectuadas “*a la Administración de la seguridad social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase*” parecía evidente que la exoneración –y, por tanto, la definición– se limitaba al pago directo por la empresa, al supuesto legal de incremento de tipos de bases de cotización –entonces vigente– o de tipos de cotización –que, como se ha dicho, jamás han tenido una plasmación práctica– y a las cuotas o aportaciones a entidades aseguradoras. Posteriormente el RD 1890/1999 introdujo en el texto del mentado artículo 23 del reglamento una mención expresa a “*los planes de pensiones y a los sistemas de previsión social complementaria de sus trabajadores*”.

Pero es con RD 335/2004 en el que en forma más concreta y extensa se define a las mejoras voluntarias (lo que se mantiene en los RD 1041/2005 y 328/2009), en la forma siguiente:

“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.

No obstante, las ayudas y demás cantidades dinerarias por gastos sanitarios entregadas por las empresas a sus trabajadores o asimilados deberán incluirse en la correspondiente base de cotización, complementen o no prestaciones contributivas o no contributivas del sistema de la Seguridad Social”

Sin embargo, con las políticas de austeridad impuestas a principios de la segunda década de este siglo para hacer frente a la crisis económica, dicha definición desapareció tras el RDL 16/2013 (y el posterior RD 637/2014), en forma tal que actualmente sólo tienen la condición de no cotizable “*las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas*” (art. 147.2 d) LGSS), mientras que sí se integran en las bases de cotización las primas o cuotas de seguros y las contribuciones efectuadas a los fondos de pensiones. Por tanto, aquella extensa definición ya no está en vigor.

En consecuencia, en la actualidad ni la Ley General de la seguridad social, ni el Reglamento de cotización, ni la Ley Estatuto de los Trabajadores definen qué debe entenderse por “mejora voluntaria”. Sin embargo, si accedemos a la jurisprudencia y a las opiniones doctrinales podremos comprobar cómo en forma abrumadoramente mayoritaria se ha optado por una integración en el concepto de todas las cláusulas convencionales o contractuales que conlleven acrecimiento del régimen de prestaciones previstas en el vigente Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Y no sólo eso: a todas esas mejoras se les ha aplicado, como ya se ha visto y se insistirá posteriormente, la lógica jurídica derivada del mismo. Pero ocurre que esa interpretación expansiva incluye realidades muy diversas.

b. Una visión empírica de la realidad concurrente en la materia

Para saber de qué estamos hablando hay que descender a la realidad práctica, lo que aboca, en primer lugar, a un análisis del panorama convencional. Pues bien, el contenido de nuestros convenios colectivos pone en evidencia que la negociación colectiva desde hace muchos años ha ido incluyendo progresivamente contenidos relativos a la protección social en variada índole (lo que, como se ha dicho, se antoja contradictorio con un marco legal que sólo hace mención a la “voluntad” de las empresas). En el análisis de las cláusulas típicas cobran especial importancia los complementos retributivos en situaciones de incapacidad temporal que, conforme al Anuario de Estadísticas Laborales, fueron integrados en 2023 (con diferenciados modelos de cobertura) en casi el noventa por

ciento de los convenios firmados en ese período. Y a ello cabe sumar que la experiencia pone en evidencia que también son relativamente frecuentes las normas colectivas que aseguran mejoras a cargo de la empresa e las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor o la ampliación de su duración -especialmente, en el sector público-. Y, asimismo, como es notorio están muy extendidas las cláusulas que imponen la obligación empresarial de suscribir pólizas de seguros colectivos para los supuestos de incapacidades permanentes y muerte.

Más junto a esos contenidos de los convenios existen otros supuestos diversos que judicialmente se han integrado dentro de la esfera de las mejoras voluntarias. Así, forzoso es hacer pensión a la existencia ya apuntada de los planes de pensiones. Como también son frecuentes los pronunciamientos judiciales en los que se integran dentro del concepto de mejoras voluntarias cláusulas surgidas de la negociación colectiva en general (a menudo vinculadas con despidos colectivos) o, en menor medida, derivadas del contrato. Por citar algunos ejemplos: asistencia sanitaria o complementos a cargo de la empresa (en forma directa o mediante un contrato de seguro) por desempleo, jubilación anticipada, prejubilaciones, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, etc.

El somero análisis de ese catálogo de situaciones pone en evidencia que nos hallamos ante un panorama muy diverso de realidades, que, no tienen un nexo común -puesto que sus fuentes generadoras son distintas- cuya relación con el sistema de seguridad social no es homogénea: poco tienen que ver los complementos por incapacidad temporal pactado en convenio con los vitalicios en prejubilaciones derivados de un acuerdo en un despido colectivo. Sin embargo, todas esas situaciones se rigen, conforme a la jurisprudencia, por los artículos 238 a 241 LGSS, lo que en mi opinión carece sentido.

c. La necesaria diferenciación de supuestos

En primer lugar, sitúo mi disenso con esa integración ecuménica de las diversas realidades concurrentes en el plano constitucional, puesto que la opinión mayoritaria no parece adecuarse en mi opinión con el artículo 41 CE que diferencia entre el sistema público y obligatorio y la protección social complementaria (“libre”), ajena al mismo. Una cosa son las mejoras de la acción protectora de la seguridad social y otra, distinta, la *“asistencia y prestaciones complementarias”*. Cabe diferir de ello que la disimilitud entre ambos niveles de cobertura pivota sobre dos ejes. El primero se imbrica en el nexo de funcionalidad (por tanto, la existencia o no de una conexión directa con el sistema público de seguridad social); el segundo, consiste en la responsabilidad del pago (esto es, quién asume los costes). Esa doble caracterización ha sido expresamente contemplada por la doctrina constitucional indicando que de nuestra Carta Magna se deriva *“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, financiadas en principio con fondos privados y a cargo de los asegurados”* (STC 208/1988).

Volvamos de nuevo al marco legal. Como se ha visto, el artículo 43.1 LGSS se limita a permitir la mejora voluntaria *“de la acción protectora que el sistema de la seguridad social”* de los sujetos comprendidos en su campo de aplicación *“en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales”*, sin mayores consideraciones. Ante un redactado tan genérico hay que acudir al

artículo 239 de la misma norma, que contempla la posibilidad que las empresas puedan mejorar “*directamente*” las prestaciones “*de este Régimen General*”, añadiendo que su coste es “*exclusivo*” de las mismas. Se reclama, por tanto, la concurrencia de un nexo directo con el elenco de prestaciones de la acción protectora del sistema que no son otras que las tipificadas en el artículo 42, en forma tal que la enumeración de supuestos allá contenida “*establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los especiales de la seguridad social, así como de las prestaciones no contributivas*”. Y aunque el apartado 4 de este último artículo permite también la ampliación de la acción protectora a otras prestaciones, éstas deben tener forzosamente un “*carácter público*” (lo que, obviamente, no ocurre en el caso de mejoras voluntarias). Por tanto, de la caracterización legal se derivan de nuevo los dos requisitos caracterizadores expuestos: a) la ampliación del nivel de cobertura del régimen de prestaciones del sistema en forma directa por la empresa; y b) la asunción también por la empresa del coste que ello comporte.

Pues bien, por lo que hace a la conexión con el sistema de seguridad social, cabe distinguir de un lado entre las previsiones contractuales y convencionales que, partiendo del sistema de acción protectora pública y de su propio marco jurídico, incrementan los derechos legalmente contemplados (que son propiamente “*mejoras voluntarias*”, con los complementos de incapacidad temporal como paradigma) y de otro, aquellos supuestos, carentes de relación directa con el régimen de seguridad social, en los que se reconoce una cobertura paralela de las prestaciones reguladas en el sistema, pero sin conexión inmediata con el mismo (lo que se imbrica en el sistema “*complementario*” del artículo 41 CE). Para clarificar dicha diferenciación baste un simple ejemplo: es perfectamente posible que una persona trabajadora no tenga derecho a una pensión de jubilación, incapacidad permanente, viudedad u orfandad, por falta de carencia u otra causa, pero ello no impide que esa misma persona puede percibir, cuando se actualice el riesgo, una pensión o la capitalización de un fondo de pensiones de empleo. Como también es posible que quién no pueda acceder a una prestación de la seguridad social en caso de invalidez o muerte y supervivencia pueda lucrar una indemnización por dichos hechos causantes. En estos casos difícilmente puede afirmarse que hay mejora voluntaria de prestación alguna, como reclama el art. 239 LGSS, puesto que ésta no existe. Sin embargo, si la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal por enfermedad común no tiene derecho a la prestación pública por no reunir la suficiente carencia, difícilmente podrá percibir el complemento previsto en el convenio, salvo expresa previsión ad hoc.

Ahondan en ello las recomendaciones del Pacto de Toledo -que, como es notorio, ha inspirado toda nuestra legislación de seguridad social y los constantes cambios que ésta ha sufrido en los últimos treinta años- y su conocida referencia a los “*tres pilares*”: el asistencial, el contributivo y el complementario. En este último caso la comisión parlamentaria de seguimiento ha ido haciendo una constante referencia a la importancia que la negociación colectiva tiene en su desarrollo con una reiterada referencia a los fondos de pensiones y otras vías de aseguramiento, como ejemplo de articulación del tercer pilar. Por tanto, la integración doctrinal, aunque sea en forma indirecta y/o dogmática, de cualquier mejora voluntaria en el nivel contributivo, obvia que buena parte de las cláusulas resultantes no son otra cosa que protección social complementaria, integrada en el tercer pilar.

Y respecto al segundo criterio señalado -la vía de financiación-, ocurre que en lo que acabo de caracterizar como “*mejoras voluntarias*” es en general la empresa la responsable

directa del pago, mientras que en la protección social complementaria aquélla tiene la condición de tomadora de seguro y la responsabilidad de pago -con los límites previstos en la póliza- corresponderá a la aseguradora, salvo incumplimiento de la obligación de aseguramiento o el impago de primas.

En aplicación de estos criterios emerge una primera conclusión: los planes de pensiones no son mejoras voluntarias; por tanto, no rige el primer inciso del art. 41 de nuestra Constitución, sino el segundo (*“asistencia y prestaciones complementarias”*). Denótese al respecto cómo el sistema de complemento de pensiones basado en fondos internos (especialmente en el sector bancario) anterior a la forzosa externalización impuesta por el RD 1588/1999 (en desarrollo de la Directiva 80/1987 con el antecedente de la Ley 66/1997 y la Ley 30/1995) podía ser hipotéticamente considerado como una mejora voluntaria de las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte (aunque no cabe obviar que también podían concurrir aportaciones de las personas trabajadoras). Sin embargo, cuando dichos fondos internos desaparecen por mandato legal y son, en su mayoría, derivados a los fondos y planes de pensiones ya no nos hallamos ante una mejora de la seguridad social, en tanto que la pensión o capitalización se aparta del sistema público, rigiéndose por reglas propias basadas en el derecho de seguros. Así se establece en forma expresa en el artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 1/2002, conforme al cual las prestaciones de dichos fondos *“no serán, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la seguridad social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas”*. Y, aunque ciertamente conforme al artículo 8.6 de esa norma, el riesgo cubierto en estos casos coincide plenamente con las prestaciones de la seguridad social, esa remisión normativa se limita únicamente a la definición (con la excepción de las situaciones de dependencia severa o gran dependencia que -insólitamente- no forman parte de la seguridad social-). No concurre, por tanto, un nexo condicionante con las prestaciones del sistema, por lo que no nos hallamos ante una mejora directa por la empresa de las mismas. Una lógica que se refuerza si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 8.8 de la misma norma los partícipes pueden lucrar los derechos consolidados, en determinadas situaciones, de cumplirse concretos requisitos, sin que el hecho causante haya acaecido.

Ítem más: aunque hipotéticamente se alcanzara la conclusión que los planes de pensiones son mejoras voluntarias, no cabe obviar que no nos hallamos ante una realidad autónoma, sino que están intrínsecamente vinculados con el fondo correspondiente, constituyendo este último una institución *“instrumental para el cumplimiento de los fines de la otra -el Plan- y regida por los principios propios de la gestión de una masa patrimonial separada”*, como afirmaba la STC 206/1997, de 27 de noviembre. Y en dicho pronunciamiento se añadía que, de considerarse que son mejoras voluntarias, dicha condición *“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”*.

Los planes de pensiones no son, en definitiva, más que una modalidad de ahorro articulado a través de un seguro sui generis y que, en el caso de la modalidad de empleo, son sufragados con parte de los costes salariales que la empresa abona a la persona

asalariada por su prestación laboral (con independencia de las posibles aportaciones de aquélla) con efectos diferidos, como se constataba en la exposición de motivos del texto original de la Ley 8/1987 (y posteriormente reiterada en normas posteriores que la han modificado, como, por ejemplo, la Ley 12/2022). Y es ése también el criterio fijado en su momento por el Tribunal Constitucional que, en su ya citada sentencia 207/1997, vino a afirmar que *“se trata de un instrumento de aseguramiento que, en la primera de sus modalidades, garantiza un “salario” diferido y, por lo tanto, de una forma de ahorro. Es verdad que no pueden ser caracterizados como 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 ellos 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 en 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 (jubilación, invalidez, muerte)”*.

En consecuencia, la empresa se hace cargo de las aportaciones periódicas correspondientes, junto, en su caso, con la aportación de la persona trabajadora, que se integra en el fondo “ad hoc”, garantizando la percepción del correspondiente capital aportado cuando el hecho causante tiene lugar. Si bien se observa puede comprobarse como, en definitiva, los planes de empleo no difieren de los individuales o asociados, ni de la nueva versión de los simplificados (o, incluso, de los denominados planes de jubilación): la única diferencia es que el promotor es la empresa. En esas condiciones difícilmente puede alcanzarse la conclusión que concurre nexo directo alguno con el régimen de prestaciones de la seguridad social, puesto que la prestación que se deriva es independiente de la integración del beneficiario en el nivel contributivo.

Algo similar ocurre con las indemnizaciones por incapacidad permanente o muerte, también muy frecuentes como ya se indicado en nuestro panorama convencional, y que también han de ser garantizadas en la actualidad a través del correspondiente aseguramiento colectivo. En mi opinión en este supuesto tampoco nos hallamos ante mejora voluntaria alguna, sino ante un mecanismo asegurador de previsión ante determinados infortunios. En primer lugar, resulta dudoso que la indemnización resultante corra al exclusivo cargo de la empresa, puesto que, conforme a la normativa civil, la suscripción de un contrato de seguro conlleva una novación subjetiva, desplazándose la responsabilidad de la empresa como deudora inicial a un tercero (la entidad aseguradora), a cambio del pago de la prima correspondiente, siendo aquél el responsable del pago (véase, en relación a un compromiso de prejubilación, la STS UD 12.12. 2016 -Rec. 1514/2015-), por lo que difícilmente puede alcanzarse la conclusión que la empresa coste la indemnización “a su exclusivo cargo”. Pero es que, aunque aceptáramos que con el pago de cuotas sí se da por cumplido dicho requisito no es apreciable un nexo directo alguno con las prestaciones de la seguridad social, que exige el art. 239 LGSS, en tanto que -con la única salvedad de muerte de accidente de trabajo o enfermedad profesional prevista en el art. 227 LGSS-, la prestación pública derivada de esos hechos causantes es una pensión (invalidez o muerte y supervivencia) y no, una indemnización.

Por motivos similares idéntica conclusión hay que alcanzar en el caso de seguros de pensiones.

En realidad, en estos casos aquello que concurre en la actualidad no es otra cosa que la obligación empresarial de suscribir un contrato de seguro de accidente o de pensiones o la adscripción a un plan de pensiones de empleo que cubra el correspondiente riesgo, por lo que resulta del todo ajeno al modelo contributivo que caracteriza la seguridad social. Obsérvese cómo un seguro de accidentes puede ser suscrito -en el estricto campo del derecho civil- por cualquier persona trabajadora (el riesgo cubierto no es la responsabilidad contractual de la empresa por accidente de trabajo o enfermedad profesional), como también acaece con la posibilidad de la suscripción personal en un plan de pensiones individual. Lo que ocurre es las cuotas son pagadas por el empleador y, precisamente por ello, tienen la condición de salario a efectos de cotización o cuantificación de la indemnización por extinción contractual tras la ya analizada modificación del RD 2064/1995, tal y como ha señalado la doctrina casacional con reiteración (SSTS UD 2.10.2013 -Rec. 1297/2012-m 03.05.2017 -Rec. 385/2015-, 27.06.2017 -Rec. 1008/2006-, etc.). No se me escapa que la jurisprudencia también ha venido afirmando que cuando se percibe la indemnización, la pensión o la capitalización nos hallamos ante una mejora voluntaria. Una conclusión que se me antoja una contradicción: si las cuotas son salario quién las paga en realidad es el trabajador y la empresa no tiene más papel que la de ser un simple intermediario.

Todo ello conlleva que la naturaleza jurídica de los planes de pensiones y de los contratos de seguros por riesgo laboral y de pensiones sea la del nivel estrictamente complementario y no, la de mejora voluntaria. Esa conclusión se refuerza indirectamente de la propia doctrina casacional que, desde antiguo, ha venido observando que las definiciones de los riesgos y contingencias cubiertos han de ser los expresamente previstos en la póliza, salvo casos de silencio u oscuridad, supuesto en el que hay que acudir con carácter subsidiario al derecho de la seguridad social (vid, entre otras, STS UD 15.03.2002 -Rec. 4633/2000-), con independencia de la posible responsabilidad empresarial por inadecuación de aquella con la concreta cláusula convencional. No está de más, por otra parte, recordar al respecto que en casos de accidentes de trabajo la OIT diferencia entre prestaciones de la seguridad social -convenio 102- e indemnizaciones por accidente de trabajo en el convenio 17 (sin que esa dualidad se vea afectado por el convenio 127).

No se me escapa que a esa conclusión personal puede oponerse dos objeciones legales.

La primera la hallaremos en el art. 240.1 LGSS, que permite la externalización de las mejoras voluntarias *“a través de la Administración de la seguridad social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase”*. Sin embargo, cabe observar que dicha redacción proviene, como veremos, en forma directa de la Ley de Bases de 1963 y del artículo 183 de la LGSS 1966, sin que sustancialmente concurren diferencias significativas con el texto actual, más allá de la desaparición de las bases mejoradas. Y en aquellos momentos -como también durante el resto de la década de los sesenta- eran frecuente que el nivel complementario se articulara a través de las mutualidades laborales, hoy prácticamente extintas -salvo alguna particularidad en el empleo público-. Ciertamente es que también se hace mención a *“entidades aseguradoras de cualquier clase”*. Pero es que, aunque se opte por una hermenéutica amplia -en base a que, en definitiva, es la empresa quién paga las primas-, el hecho cierto es que en estos supuestos la prestación o indemnización ad hoc nada tiene que ver con el derecho de la seguridad social, sino que se rige por el de seguros.

El segundo posible óbice que podría objetarse a mis conclusiones reside en la letra q) del art 2 LRJS, atribuyendo a la jurisdicción social la competencia de aquellos pleitos que versen sobre *“la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la seguridad social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario”*. Pese a que de una lectura inicial podría colegirse que el precepto está equiparando las mejoras voluntarias con los planes de pensiones y los contratos de seguros, denótese como dicho redactado lo que hace es encomendar al orden social las mejoras voluntarias y la referencia a la “inclusión” se sitúa en el orden procesal y en el tipo específicamente contemplado en el precepto. Si dichos planes de pensiones y contratos de seguro fueran en la “mens legis” “mejoras voluntarias” no habría sido necesario que el precepto contuviera referencia alguna expresa a los mismos.

Las previas reflexiones no conllevan negar la existencia de mejoras voluntarias: sí las hay cuando a cargo de la empresa mejora en forma directiva y a su cargo las prestaciones reconocidas en el sistema. El supuesto paradigmático al respecto lo hallaremos en los complementos retributivos de la prestación de incapacidad temporal o las cláusulas de mejoramiento de las garantías públicas derivadas de la suspensión contractual por nacimiento y cuidado de menor (en especial, la ampliación de su duración) que sí tienen la condición de mejora voluntaria, en tanto que en estos casos existe un acrecimiento directo y a expensas de la empresa de las prestaciones integradas en la seguridad social. Otra cosa, distinta, es si su naturaleza se sitúa en el ámbito de aquella o en el contractual, aspecto que abordaré a continuación, lo que obliga a un análisis inicial de la evolución histórica.

3. ¿DE DÓNDE SURGEN LAS MEJORAS VOLUNTARIAS?

a. La evolución de los seguros sociales, las mutualidades y el Decreto 56/1963

La respuesta al porqué predomina el derecho a la seguridad social en esta materia la hallaremos, como casi siempre, en la evolución histórica (y permítanme aquí una reflexión adicional: aunque nuestra disciplina tiene ya más de un siglo a sus espaldas omitimos en muchas ocasiones la perspectiva histórica que nos permitiría una mejor comprensión de nuestras certezas actuales).

Hasta la instauración de los sistemas de seguridad social, los mecanismos de previsión social mantuvieron una compleja dualidad conformadora al oscilar, por un lado, entre el aseguramiento forzoso y el voluntario y, por otro, entre su carácter público o privado (un dimorfismo generalizado en prácticamente todos los países). Dicha duplicidad puede observarse en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, la Ley de 27 de febrero de 1908, por la que se creó el Instituto Nacional de Previsión (INP), la instauración del Retiro Obrero en 1921, la extensa regulación surgida en la materia durante la Segunda República (en cuya Constitución hay que buscar el precedente originario de la seguridad social) y la normativa franquista que extendió el sistema de seguros sociales (SOVI, enfermedad y desempleo).

En la mayor parte de dicha legislación se preveía que, al margen del sistema de prestaciones públicas, resultaba posible el establecimiento de complementos adicionales.

No se trata aquí obviamente de hacer un análisis pormenorizado de la evolución histórica de nuestro sistema de previsión social, al limitarse nuestras reflexiones al ámbito de las mejoras voluntarias. Pues bien, aunque las mismas aparecen formalmente, como se verá, en la Ley de Bases de la Seguridad Social, es imprescindible reflexionar sobre sus precedentes inmediatos a fin de comprender cabalmente porqué surgieron. Y el punto de partida necesario cabe buscarlo en las mutualidades laborales, creadas por la Ley de 6 de diciembre de 1941.

En efecto, ocurría que las prestaciones de la mayor parte de los seguros sociales gestionados por el Instituto Nacional de Previsión eran de cuantía fija (no así en el caso de contingencias profesionales y seguro de enfermedad) lo que conllevaba en muchos casos una evidente disfunción con el salario real. Y es en ese contexto en que se crean las mutualidades laborales como un régimen adicional de mejora vinculado en forma más o menos proporcional con el salario. Su naturaleza inicial fue la de un aseguramiento empresarial voluntario para la cobertura complementaria y privada de determinadas prestaciones, integrando en una única regulación específica los añejos montepíos benéficos, las “cajas de empresa” y los seguros privados de previsión social, que habían proliferado en años anteriores. No se trataba, en principio, de ninguna novedad, puesto que ya desde la instauración del Retiro Obrero resultaba posible la sustitución o el complemento de pensiones públicas a través del aseguramiento privado.

Sin embargo, la inicial naturaleza voluntaria de las mutualidades (no así su carácter privado o semipúblico) acabó en la práctica desapareciendo poco después con la promulgación de sucesivas Reglamentaciones sectoriales (dictadas por el Ministerio del ramo, que vinieron a sustituir las bases de trabajo y los pactos colectivos alcanzados entre patronal y sindicatos durante el período republicano, con el antecedente del Código del Trabajo de perspectiva corporativa) que sustituyeron la autonomía colectiva por la heteronomía en la fijación de las condiciones laborales. En muchos de dichos reglamentos se preveía la constitución forzosa de mutualidades de ramo o de empresa, además de otros aspectos prestacionales complementarios a cargo del empleador, como, por ejemplo, los socorros por fallecimiento, los subsidios por enfermedad o el plus familiar. Esa implementación forzosa conllevó la existencia de dos sistemas de aseguramiento obligatorio (mutuas de accidente aparte): por un lado, el que gestionaba el Instituto Nacional de Previsión -en relación a los seguros sociales públicos- y, por otro, con carácter complementario, el de las mutualidades. En todo caso, el elemento diferenciador más significativo entre ambos sistemas consistía en que las prestaciones del mutualismo no eran uniformes -como ocurría con la mayor parte de los seguros sociales públicos-, sino que estaban vinculadas con el salario y la consiguiente cotización.

Pero la etapa del desarrollismo a partir de finales de la década de los cincuenta del pasado siglo (con el denominado Plan de Estabilización), con el consiguiente fin del previo período autárquico y el posterior crecimiento económico, conllevó que el sistema de mutualidades estuviera al borde la quiebra. El detonante fue la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958, en la que se permitieron los pseudo “convenios colectivos” franquistas, lo que determinó una cierta liberalización del régimen retributivo. La aplicación práctica de dicha norma comportó un incremento progresivo de los salarios, ante lo cual

las mutualidades empezaran a tener dificultades económicas a la hora de hacer efectivas las prestaciones. Frente a ello, al margen del aumento de las aportaciones públicas, la opción legislativa se centró en la progresiva exención de la cotización de determinados conceptos retributivos, como las mejoras salariales pagadas por las empresas por encima de la retribución fijada en las Ordenanzas o las primas de producción (Decreto de 21 de marzo de 1958). Y, por su parte, en los convenios colectivos y ordenanzas vinieron a excluir de las cotizaciones determinados conceptos retributivos. Por tanto, múltiples complementos salariales dejaron de integrarse en la base de cotización. El panorama resultante tuvo como consecuencia que también en ese nivel complementario existiera un distanciamiento significativo entre el salario percibido y las pensiones gestionadas por las mutualidades, así como las prestaciones por enfermedad y desempleo, lo que comportó que en múltiples convenios colectivos se pactaran complementos prestacionales derivados al ámbito privado.

En esa situación de crisis -y en la antesala del salto del sistema de seguros sociales al de la seguridad social- se publicó el Decreto 56/1963, precepto imprescindible para comprender el origen de las mejoras voluntarias. Con él se intentó poner orden en materia de cotización, optándose por un nuevo modelo sustentado (salvo para contingencias profesionales, para las que se mantenía la cotización proporcional al salario) en bases únicas (o “tarifadas”) pero diferenciadas entre doce grupos, en los que se integraban distintas categorías profesionales (reclamando la asimilación a los sistemas de encuadramiento previstos en las ordenanzas laborales). A siete de dichos grupos (básicamente el personal técnico y administrativo) se les asignaba una base de cotización mensual, mientras que la de los otros cinco era diaria. Así, por ejemplo, la base mensual de un titulado era de 5.600 pesetas, mientras que la diaria de un peón era de sesenta pesetas. Aún hoy podemos hallar ecos de ese lejano modelo en las vigentes bases mínimas y máximas de cotización (aunque actualmente los grupos son once, al haber desaparecido la diferenciación antes vigente entre dos colectivos de “aprendices”) en los sucesivos reglamentos anuales de cotización que continúan haciendo mención a “categorías profesionales” (véase el artículo 3 de la reciente Orden PJC/178/2025, de 25 de febrero), pese a que tras la reforma laboral del 2012 dicho concepto ha sido -teóricamente- sustituido por el de “grupo profesional”.

En ese momento se optó, por tanto, por un sistema intermedio entre la cuota única y universal y prestaciones uniformes (“modelo INP”) y la cotización proporcional por el salario y prestaciones alcuotas (“modelo mutualidades”), diferenciándose las bases tasadas en función de los mentados doce grupos. Obviamente ello rompía la proporcionalidad entre salario y prestación vigente en el ámbito de las mutualidades, pasando ésta a cuantificarse en función de una cotización fijada periódica y heterónomamente en forma única en cada grupo.

Pero, consciente el legislador (aunque en este caso sería más adecuado referirse al “decretador”) de los efectos negativos que el modelo podía comportar en las futuras prestaciones (y el malestar social potencial que podía derivarse en especial en las empresas y sectores con mayor poder de negociación del reprimido movimiento obrero) se vinieron a contemplar una serie de medidas compensatorias. Así, se reguló con carácter transitorio el mantenimiento de las previas bases de cotización si, en el momento de entrada en vigor del cambio normativo, eran superiores. Pero a los efectos de estas reflexiones resulta esencial detenerse en el contenido del artículo sexto del Decreto 56/1963. En el apartado 1 se preveía la posibilidad de que el Instituto Nacional de Previsión o las mutualidades, a

petición de las empresas o agrupaciones patronales pudieran acordar el establecimiento de prestaciones superiores a las resultantes -calificándolas como “complementarias”-: en el apartado 2 se permitía que las empresas incluyeran en sus bases de cotización “salarios adicionales”. Y, finalmente, en el apartado 3 se afirmaba que, salvo en los dos supuestos anteriores “o la mejora directa e inmediata de prestaciones de la Empresas a sus trabajadores” la seguridad social “queda excluida del ámbito de contratación de los convenios sindicales colectivos”. Por tanto, concurrían en esa etapa tres posibles escenarios de mejoras: a) el establecimiento por las entidades gestoras de complementos de prestaciones a petición empresarial; b) el incremento de las bases de cotización a instancias de la empresa; y c) la mejora directa por la empresa de las prestaciones públicas.

A ello se sumaban dos claras intenciones normativas interrelacionadas: de un lado, se pretendió limitar a los convenios colectivos cualquier posibilidad de regulación de mejoras; de otro, se intentó impedir que dichas mejoras se externalizaran fuera del sistema. Esta última característica se plasmaba claramente en la exposición de motivos, al remarcarse la pretensión de “dar a Empresas y trabajadores la facilidad adicional de actualizar las mejoras individualizadas del régimen de seguridad social que se puedan pactar o voluntariamente establecer a través a través de un sistema de prestaciones complementario en cada caso con las instituciones de seguridad social que sustituyan y corten la generalización de sistemas costosos y de muy dudosa eficacia y de los que además se derivan efectos accesorios de importancia suma, señaladamente el de inmovilización de la mano de obra”.

b. La implantación del sistema de seguridad social y sus deficiencias

Menos de un año después de la entrada en vigor del Decreto 56/1963 se aprobó la Ley de Bases de la Seguridad Social (tras varios intentos frustrados a finales de los cincuenta de adaptación a los modelos ya vigentes en otros estados europeos y más de un decenio después del Convenio 102 de la OIT, que no fue suscrito por España hasta 1988) que fue posteriormente desarrollada por el Decreto 907/1966, de 21 de abril (la Ley General de Seguridad Social original propiamente dicha). El objetivo buscado con ese trascendente cambio normativo era la articulación de un “sistema de seguro total” o de “previsión integral”, mediante el cual el estado cubriese en forma suficiente las distintas situaciones de necesidad posibles a lo largo de la vida laboral, unificando en forma homogénea todas las prestaciones dispersas entre los distintos seguros sociales. Pese a tan encomiable finalidad, aquella primigenia normativa de seguridad social estaba ciertamente alejada del “ideal de cobertura” pública, universal y homogéneo que proclamaba. Al margen del mantenimiento de un sinfín de regímenes y sistemas especiales, la implantación de la seguridad social no significó que en forma automática desapareciera el anterior mutualismo de naturaleza aseguradora (lo que se ha imputado a veces a fuertes presiones empresariales, por el temor a la pérdida de una parte del control prestacional y otras prebendas adicionales), puesto que las mutualidades se mantuvieron caracterizadas como corporaciones de interés público en la Ley de Bases y como “entidades gestoras” en la LGSS de 1966.

Sin embargo, concurría otro aspecto más significativo: el nuevo marco legal no conllevó un cambio en el sistema de cotización sobre las referidas bases tarifadas, por lo que se

mantuvo la disfunción entre el salario real y las prestaciones derivadas. Sin embargo, dicha primigenia legislación de seguridad social optó, como hacía la norma precedente, por establecer medidas compensatorias. Así, la LGSS 1966 reguló la denominada “colaboración voluntaria” de las empresas (con el antecedente del autoaseguramiento empresarial por accidentes de trabajo del Decreto de 22 de junio de 1956, figura que se mantuvo vigente hasta el RDL 28/2018) en materia de gestión de la incapacidad laboral transitoria y asistencia sanitaria (dictándose la Orden de 25 de noviembre de 1966 como norma de desarrollo), que conllevaba la obligación de los empleadores que se acogieran a la misma de garantizar dichas prestaciones *“al menos con la extensión y en la cuantía establecidas reglamentariamente con carácter general”*, lo que permitía una disponibilidad *“in mellius”*. A ello cabe añadir las referencias inconcretas a la “asistencia social” como complemento de la acción protectora, a la que se hacía mención en la LGSS de 1966 y que se ha venido reiterando posteriormente en los sucesivos textos refundidos hasta el actualmente vigente (pese a la extensión del nivel asistencial y su ámbito competencial autonómico, salvo desempleo, lo que determina que concurren dudas razonables sobre la vigencia de la Orden de 1 de diciembre de 1976 sobre Asistencia Social, pese a no haber sido expresamente derogada, máxime tras la aprobación del Ingreso Mínimo Vital).

Pero la medida compensatoria más significativa la hallaremos en la regulación de las mejoras voluntarias, que surgen con esa específica denominación en la base decimotercera la Ley de Bases (en el epígrafe de “cotización”) y, más en concreto, en el artículo cincuenta y nueve, tipificando tres posibilidades. En primer lugar, se preveía que las empresas pudieran añadir a las bases tarifadas salarios de cotización adicionales, sin que pudiera superarse la remuneración real, con los límites máximos que se establecieran. En segundo lugar, se añadía la probabilidad que, *“a instancia de los interesados y previa aprobación del Ministerio de Trabajo”* se acordaran *“cotizaciones adicionales para revalorización de las pensiones o mejora de las de vejez correspondientes a la totalidad de cada colectivo asegurado”*. Aunque la redacción resultaba equívoca en la perspectiva actual, dicho supuesto se refería al incremento de los tipos de cotización, a diferencia de la primera situación anunciada, que remitía a las bases. La comparación con el Decreto 56/1963 pone en evidencia que se mantuvieron las bases mejoradas, mientras que el establecimiento de prestaciones superiores fue sustituido por el incremento de tipos.

Por último, la genérica referencia a *“la mejora directa e inmediata de prestaciones de la Empresas a sus trabajadores”* -a la que hacía mención en el artículo sexto.3 del Decreto 56/1963- también fue regulada en forma específica, aunque con significativas novedades. En primer lugar, esa concreta posibilidad estaba condicionada a la superación de los límites máximos que se establecieran para el aumento de las bases mejoradas. Y, en segundo lugar, aunque se reclamaba que dichas mejoras directas fueran al “propio y exclusivo” cargo de la empresa, a continuación, se hacía mención a la posibilidad de externalización *“a través de Fundaciones Laborales, Obras Sindicales, Mutualidades de Previsión o Entidades aseguradoras de todas clases”*, lo que parecía ser una contradicción in terminis. Según algún cronista de la época dicha redacción no se contenía en el proyecto de Ley inicial y se introdujo en su momento tras una concreta enmienda a lo largo de su tramitación en las Cortes franquistas, quizás por una fuerte presión del sector asegurador. Sin embargo, el veto a la disponibilidad colectiva contenido en el Decreto 56/1965, se siguió manteniendo, al afirmarse que *“la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva ni de mejoras voluntarias de las empresas”*.

Por su parte, la LGSS de 1966, en sus artículos 178 a 185, contempló en términos similares la regulación de las mejoras voluntarias (por tanto: las bases mejoradas, el incremento de tipos de cotización adicionales, y las mejoras directas a cargo de la empresa), aunque con una novedad: se permitía que en los convenios colectivos se pactara el incremento de las bases de cotización (lo que, sin duda, era un claro ultra vires respecto a la interdicción absoluta de la Ley de Bases). Y lo que es más importante al objeto de las presentes reflexiones: existió en esta materia un concreto desarrollo reglamentario: la Orden de 28 de diciembre de 1966 (formalmente vigente y a la que luego me referiré).

c. La evolución posterior

A través de los años el panorama inicial del modelo se fue modificando, avanzándose hacia el sistema de seguridad social que hoy conocemos. Con el antecedente del RD 1879/1978, el RDL 36/1978 -ambos trasposición normativa de las previsiones contenidas en los Pactos de la Moncloa- comportó la desaparición de las mutualidades y su integración en el recién creado INSS (salvo en el ámbito de la función pública).

Previamente el modelo homogéneo por grupos de cotización por bases tarifadas experimentó una profunda mutación (con fuerte oposición empresarial, como es habitual en esta materia) con la Ley 24/1972, de 21 de junio, en la que se preveía su progresiva sustitución por bases vinculadas directamente con el salario real. Aunque transitoriamente hasta finales de marzo de 1975 se mantuvieron las bases tarifadas, se les añadieron las “bases complementarias individuales” por las diferencias resultantes. En la práctica la extinción definitiva de dicho sistema no tuvo lugar hasta 1979 y, aunque se mantuvo la duda sobre la pervivencia de las autorizaciones de bases mejoradas previas, la Resolución de 26 de diciembre de 1984, de la Secretaría General para la Seguridad Social, reguló su congelación y la progresiva absorción por el aumento de las bases de cotización anuales.

De esta forma, el modelo resultante pasó a sustentarse en la proporcionalidad entre el salario percibido -respecto a las cotizaciones- y las prestaciones. Y, además, con la progresiva evolución del sistema (tras la desaparición de las mutualidades) se abandonó la previa diversidad en la acción protectora, articulándose un modelo más o menos homogéneo, con algunas singularidades en los regímenes especiales (particularismos que progresivamente se van eliminando).

4. ACABAR CON LA PREPONDERANCIA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

a. La inadecuación de la actual regulación de las mejoras voluntarias al actual sistema constitucional

Del anterior análisis histórico se desprende que las mejoras voluntarias fueron reguladas en un momento histórico en que concurrían entidades gestoras públicas con otras, complementarias, privadas (o semipúblicas) y en que no existía una equivalencia entre el salario y las cotizaciones. Ante ese panorama el legislador originario optó por integrar

en el continente de la seguridad social una serie de islas dispersas fuera del sistema que habían ido surgiendo con el tiempo por distintos motivos y en función de una legislación cambiante. Y lo hizo con una clara finalidad: someter al control público todos aquellos incrementos de la cobertura del sistema de seguros sociales que aparecieron con la finalidad de reparar la disfunción existente entre las prestaciones derivadas de una cotización topada y el salario real. Dicho objeto aparece diáfano en el artículo 21 de la LGSS de 1966, en el que se afirmaba que la protección del sistema público en ella prevista tenía “*el carácter de mínimo y obligatorio para las personas incluidas en su campo de aplicación*”, para proseguir que aquélla podía “*ser mejorada voluntariamente*”. Esa redacción se mantuvo prácticamente inalterada en la Ley General de la Seguridad Social de 1974; sin embargo, no ocurrió así en el texto de 1994 que en su artículo 39 ya no hacía mención alguna a dicho carácter mínimo y obligatorio, limitándose a recoger la posibilidad de mejoras de las prestaciones públicas -como sigue haciendo el vigente artículo 43-.

La finalidad de esa tendencia integradora de las mejoras voluntarias en ese momento histórico se antoja evidente: la primacía del marco decisorio del Estado en materia prestacional. Es por ello que los originarios preceptos regulaban mecanismos de incorporación en el sistema. Así, el establecimiento de tipos de cotización adicionales sólo resultaba posible con autorización expresa del Ministerio de Trabajo. Y en el caso de bases mejoradas adoptadas unilateralmente por el empleador se preciaba también de dicho beneplácito. Cierto es que, a diferencia de la Ley de Bases, en la LGSS de 1966 se permitía que esas bases mejoradas fueran pactadas en convenio; sin embargo, no cabe olvidar que dichas normas colectivas se negociaban en el seno del sindicato vertical y precisaban de autorización administrativa.

Había, sin embargo, un supuesto que se escapaba de esa tendencia del control estatal: las mejoras voluntarias directas de prestaciones de los artículos 182 y 183 LGSS 1966, en tanto que su origen derivaba de la simple autonomía de la voluntad. Pero denótese que en esta cuestión la ley sólo hacía mención a la autonomía individual del empleador, rigiendo, por tanto, la interdicción de intervención de la autonomía colectiva que imponía el previo artículo 178.2. A lo que cabe añadir que la mejora directa por la empresa sólo era posible si se había alcanzado el límite de bases mejoradas y sugiriéndose su externalización en el Instituto Nacional de Previsión y las mutualidades, que gozaban de exenciones tributarias absolutas (art. 38.2 LGSS 1966) a diferencia de fundaciones, obras sindicales, montepíos y otros sistemas de aseguramiento.

Esa opción integradora en el sistema y exclusiva de la negociación colectiva tenía, en mi opinión, una clara finalidad política. En efecto, la LGSS 1966 emerge en un momento en que, en pleno desarrollismo, los salarios se iban progresivamente incrementando por el auge del movimiento obrero (no está de más recordar que es entonces cuando aparecen las denominadas “comisiones obreras”). En esa tesitura dejar en manos de la (condicionada legalmente) negociación colectiva un cierto papel decisorio de naturaleza autónoma entraba en franca colisión con un modelo autoritario e intervencionista como el vigente en ese momento. De ahí que el artículo 178.2 de dicha añeja norma afirmase que, salvo las mejoras voluntarias, “*la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva*”, limitando las voluntariamente adoptada por la empresa a lo legalmente previsto. Como puede fácilmente colegirse esa limitación a la autonomía colectiva carece hoy de sentido, al resultar evidente que ésta difícilmente puede disponer de fondos públicos. Pese a ello

el vigente artículo 43 LGSS reitera en términos idénticos dicho texto (incluso, utilizando la añeja expresión “*contratación colectiva*”, en lugar de “*negociación colectiva*”).

Es obvio que el panorama vigente pocas similitudes guarda con el surgido seis décadas atrás, en la medida en que la cotización -y las prestaciones consecuentes- están vinculadas con el salario, con la única excepción de las bases mínimas y máximas (progresivamente incrementadas estas últimas con la vigente cotización adicional de solidaridad). Y a ello cabe añadir otras dos consideraciones de mayor calado: de un lado, la negociación colectiva ha sido constitucionalizada y ya no rige el modelo de estado autoritario e intervencionista, altamente renuente a la autonomía colectiva; de otro, nuestro marco constitucional diferencia entre seguridad social pública y nivel complementario privado.

Sin embargo, si comparamos la redacción de los artículos reguladores de las mejoras voluntarias contenidos en la Ley General de la Seguridad Social de 1966 con los actualmente vigentes podremos comprobar que existe una evidente continuidad de redacciones.

La única diferencia significativa es que el texto actual no hace mención alguna a las bases mejoradas. La razón de ello reside, como ya se ha indicado, en que la LGSS de 1974 previó su vigencia mientras estuviera en vigor el régimen transitorio de implementación del nuevo sistema de cotización de la Ley 24/1972. Añádase a ello que la posibilidad de incrementar los tipos de cotización -que sigue teóricamente en vigor- no ha tenido nunca plasmación práctica.

De esta forma, la “mejora directa de las prestaciones” -que en la única posibilidad real existente- aparece como una realidad autónoma que, pese a su relación con el sistema prestacional, deriva de la negociación colectiva o, en su caso, de la autonomía individual de la empresa. Y en ese contexto emerge de nuevo la pregunta tantas veces formulada: ¿tiene sentido que esa figura se rija por la Ley General de la Seguridad Social? La hermenéutica hegemónica en el ámbito jurisprudencial y académico da una respuesta afirmativa prácticamente unánime. Ciertamente, el otro supuesto legalmente vigente (el incremento de los tipos de cotización) sí se enmarcaría claramente en el derecho de la seguridad social, pero, como se ha visto, es ésa una posibilidad que nunca ha tenido eficacia práctica.

b. La obsolescencia de la Orden de 28 de diciembre 1966

El motivo de la primacía aplicativa del derecho de la seguridad social hay que buscarlo en un concreto sustrato normativo: el art. 1.3 de la Orden de 28 de diciembre 1966 (formalmente vigente), en el que se afirma: “*las prestaciones correspondientes a las mejoras a que se refiere el número anterior [coincidentes con las establecidas en los artículos 178 a 185 LGSS 1966] tendrán los caracteres atribuidos a las prestaciones en el artículo 90 de la Ley de la seguridad social, y una vez establecidas de acuerdo con lo que en la presente Orden se dispone, se entenderá que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la seguridad social*”.

Ocurre, sin embargo, que, aunque esa Orden no ha sido expresamente derogada, es altamente dudoso que siga en vigor, en la medida en que nos hallamos ante una norma preconstitucional, que hay que situar en el contexto antes profusamente expuesto. Cabrá insistir en ese sentido -en un aspecto sobre el que posteriormente se incidirá con

mayor detenimiento- que la integración universal de cualquier mejora del régimen de prestaciones públicas dentro del sistema de seguridad social no se adecúa al mandato constitucional del artículo 41 CE, que limita a aquél a los supuestos legales y obligatorios, en forma tal que la fijación de “*prestaciones complementarias*” se conforma como algo ajeno y distinto a aquél.

Téngase en cuenta por otra parte que la instauración de la mejora directa de prestaciones -salvo la incapacidad temporal y la protección a la familia- precisa, conforme al artículo 14 de dicha Orden, de homologación administrativa, lo que tiene difícil encaje con la plena libertad del sistema complementario que exige el mentado art. 41 CE. Consideración a la que cabrá añadir que en la interpretación de una norma no es posible el espiguelo: por tanto, si el artículo 1.3 de la Orden de 28 de diciembre 1966 sigue vigente en cuanto al sometimiento al derecho de la seguridad social, también lo está la necesidad de homologación administrativa del su artículo 14. Ello conllevaría el absurdo que, por ejemplo, todos los planes de pensiones de empleo o seguros de accidentes convencionalmente establecidos (con independencia ahora de si realmente son mejoras voluntarias) que no contaran con dicha homologación (es decir: todos) devendrían contrarios a dicha regulación.

Pero ocurre que la jurisprudencia sigue aplicando en forma acrítica dicha Orden, sin tener en cuenta el panorama resultante actual. Y es ahí donde se sitúa la primacía aplicativa al derecho de la seguridad social -su régimen jurídico y su lógica intrínseca- por encima del derecho contractual. Valgan como ejemplo las afirmaciones contenidas al respecto en la STS 05.05.2004 -Rcud. 391/2003-: “*No cabe la menor duda que la acción protectora del sistema de seguridad social, que comprende las diversas contingencias que se incluyen en el artículo 38 LGSS, se extiende, también, a las mejoras voluntarias, a las que se refiere el artículo 39 LGSS, como modo o manera de acrecentar “la modalidad contributiva de la acción protectora, que el sistema de la seguridad social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente ley “.* Para proseguir: “*No afecta a la naturaleza social de la materia que la mejora sea adoptada por decisión unilateral del empleador, contrato individual o convenio colectivo, pues ello solamente incide en su nacimiento y regulación, y en este sentido, ya se ha afirmado (STS 6 de octubre de 1998) que la jurisdicción social es competente para conocer de toda controversia sobre la mejora aunque esta se haya asegurada por entidades mercantiles y que las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General, que se regulan en los artículos 191 a 194, se rigen, no obstante su carácter complementario de seguridad social, por los actos unilaterales del empleador, pactos o convenios o reglas que las hayan constituido (STS 6 de octubre de 1995 y 13 de julio de 1998) e incluso por condición más beneficiosa (STS 11 de marzo de 1998)”.* Se afirma, por tanto, en forma expresa que, aunque las mejoras voluntarias surgen del ámbito contractual, su naturaleza se integra en el derecho de la Seguridad Social. Dicho criterio se ha reiterado en pronunciamientos posteriores, como es de ver en las SSTs 21.10.2009 -Rcud. 200/200820- y 06.2019 -Rec. 53/2018-, entre otras.

5. POR UN CAMBIO DE PARADIGMA: EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA LEY

En mi opinión ha llegado el momento de reintegrar lo que hoy denominamos mejoras voluntarias al ámbito en el que nacen: el contrato o la negociación colectiva y, por tanto, de abandonar una tutela del derecho de la seguridad social que actualmente carece de

sentido por los motivos expuestos. Si, como se ha mantenido previamente, el artículo 1.3 de la Orden de 28 de diciembre 1966 ya no tiene eficacia aplicativa -de conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil- la base en que se sustenta la primacía del derecho a la seguridad social decae.

Dicha posibilidad es perfectamente realizable por la jurisprudencia, revisando una lógica jurídica que, en mi opinión y por los razonamientos previos, carece de sentido. De esta manera, la prescripción del derecho debería regirse lógicamente por el artículo 59 ET, sin que concurriese el plazo de caducidad de tres meses del artículo 53 LGSS, superándose, además, la problemática procesal a la que se hacía mención al principio de mis reflexiones.

Pero también el legislador tiene que hacer ciertos deberes, adaptando la normativa vigente el mandato constitucional. Y ello precisa no sólo la derogación expresa de la Orden de 28 de diciembre 1966, sino también la abrogación de la actual regulación de las mejoras voluntarias en la Ley General de la Seguridad Social, sustituyéndolas por un desarrollo legal del artículo 41 de nuestra Constitución, en la vertiente complementaria del nivel público. Aunque la referencia a esa complementariedad es muy similar al art. 38 de la Constitución italiana de 1947, cabrá reseñar que la misma no se contemplaba en el Anteproyecto de Constitución y fue incluida -en un proceso tortuoso- a lo largo de su tramitación, parlamentaria durante la cual se presentó alguna enmienda de supresión parcial al considerarse, no sin razón, que la referencia al segundo nivel era del todo irrelevante, en tanto que la posibilidad de acudir a otros sistemas de prevención privados se derivaba ya del propio texto constitucional y la consagración del derecho a la propiedad y a la libre empresa.

En todo caso, nuestro modelo constitucional mixto en materia de protección social es relativamente habitual en muchos países europeos, especialmente, en aquellas ordenaciones en que las prestaciones del sistema público no son proporcionales al salario (los “mínimos de subsistencia” de Beveridge) o los modelos mixtos público/privados (como lo era en nuestro país antes de la implementación definitiva de la seguridad social). En el ordenamiento comparado de los países más cercanos el nivel complementario tiene variadas opciones: aseguramiento por la empresa, por las personas asalariadas o en forma mixta, cobertura directa por el empleador a través de fondos internos, mecanismos complementarios integrados en la propia seguridad social, etc. Es por ello que en el ámbito comunitario concurre una específica regulación de las “*pensiones complementarias*” en los supuestos de personas trabajadoras desplazadas (Directiva 98/49/CE); como también ocurre respecto a las tutelas antidiscriminatorias por razón de sexo, en las que, además de la perspectiva estricta de la seguridad social (Directiva 79/7/CEE), existe normativa específica para los “*regímenes profesionales de seguridad social*” (la actual Directiva 2006/54, con el antecedente de la Directiva 86/378 antes mencionada). Asimismo, cabe destacar con carácter incidental que la existencia de sistemas duales de protección social también se deriva del Convenio 102 de la OIT y, más en concreto, de su artículo 6.

Es notorio que desde los años ochenta, por tanto, poco después de la entrada en vigor de la Constitución, los requisitos de acceso a las prestaciones se han ido endureciendo -en una tendencia imparable hasta la fecha- y la cuantía de las prestaciones ha ido disminuyendo. Obviamente nuestro texto constitucional es ajeno a dicha evolución; sin embargo, no lo es el contexto histórico en que emerge. A ello cabe añadir que la progresiva pérdida de poder adquisitivo de los salarios ha ido mermando la posibilidad de ahorro de las personas trabajadoras más desfavorecidas y ha reducido la capacidad recaudatoria

del sistema. Una buena parte de la población activa, por tanto, depende ante un estado de necesidad de las prestaciones del sistema de seguridad social, en retroceso.

En ese contexto ya en 1995 el Pacto de Toledo reclamaba a los poderes públicos la potenciación de la protección complementaria (tercer pilar), lo que se reiteró, incluso con mayor énfasis, en la renovación del mismo de 2003. Algo similar propuso el Comité Económico y Social en su dictamen 9/94 sobre el Anteproyecto de Ley de sobre Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, proponiendo *“abordar la reforma de la regulación de la previsión social complementaria, potenciando la misma como un elemento de consolidación del modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la Constitución”*.

Como han señalado diversos autores, pese a que nuestra Constitución tiene ya nueve lustros de vigencia, el contenido de la parte final del mentado artículo 41 no ha tenido hasta la fecha un desarrollo armónico (haciéndose oídos sordos a las referidas recomendaciones). Y ello pese a que en su momento -principios de 1998- el Parlamento aprobó una proposición no de Ley *“sobre los sistemas complementarios de previsión social en desarrollo de la Recomendación número 14 del Pacto de Toledo”*, presentada conjuntamente por los grupos parlamentarios popular, Catalán-Convergència i Unió, Vasco-PNV y Coalición Canaria. Pese al tiempo transcurrido, dicha iniciativa no se ha acabado materializando en norma alguna. En forma más cercana en el tiempo hay que citar el contenido del componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en el que se recogía el compromiso del Estado español de *“revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones”*. Sin embargo, esa manifestación de voluntad de desarrollo del artículo 41 de la Constitución, se limitaba a la aprobación de un nuevo marco jurídico que impulsara los planes de pensiones de empleo y, en especial, contemplase su promoción pública, lo que fue desarrollado por la Ley 12/2022. Ocurre, sin embargo, que el nivel complementario no se limita únicamente a los planes de pensiones.

Esa anomia es importante, en tanto que en nuestro panorama normativo vigente resulta complejo determinar qué debe entenderse por *“asistencia y prestaciones complementarias”*. En el contexto del art. 41 CE parece lógico descartar, de entrada, que su frase final se esté refiriendo exclusivamente al aseguramiento privado (por tanto, la posibilidad de que cualquier persona trabajadora suscriba por su cuenta una póliza que cubra los riesgos vinculados con el trabajo y salud), por su conexión con la seguridad social observada en su primera parte.

Y a ello cabe sumar que la doctrina académica no es unánime (la ideología nos pesa a todos) respecto a qué debe entenderse por *“prestaciones sociales suficientes”* en *“un régimen público de Seguridad Social”* (art. 41 CE) y *“pensiones adecuadas”* garantizadas por los *“poderes públicos”* (art. 50 CE), en relación a una posible privatización -al menos, parcial- del sistema de protección o su gestión. Un debate al que la doctrina constitucional no ha dado solución, al afirmarse en forma reiterada que nuestra Carta Magna no impone un modelo único de seguridad social (por todas: STC 296/1997).

Urge, por tanto, que también el legislador se ponga las pilas y desarrolle de una vez la parte final del artículo 41 de nuestra Constitución. Por tanto, que se legisle sobre el sistema de prestaciones complementarias, que no se limite, como hasta la fecha, a los fondos y planes de pensiones, integrando en un único texto normativo ese disperso universo que hoy llamamos *“mejoras voluntarias”*, que, aunque interrelacionadas, son ajenas al sistema público de seguridad social.