

EL TRATAMIENTO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Por

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO.

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Valladolid

serrano@der.uva.es

SUMARIO : I. El papel de la Seguridad Social complementaria.- II. La mejora convencional a la prestación de incapacidad temporal.- III. El insuficiente acercamiento a las incapacidades permanentes.- IV. La acción asegurativa.- V. La suscripción colectiva de planes de pensiones.- VI. El recurso a la movilidad funcional. Una medida para la continuidad laboral del incapacitado.- VII. Reflexión final.-

I. EL PAPEL DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA

La importancia de intensificar los complementos a la acción protectora pública de la Seguridad Social se puso de manifiesto en 1995 con la aprobación del Pacto de Toledo, idea que aparece reiterada años más tarde con su renovación parlamentaria del año 2003. Aquella misma opinión también se introduce a través de las instituciones europeas, que ven necesario el fomento de la protección social por parte de la empresa para evitar la pérdida o el retroceso de los niveles de protección alcanzados.

Esa función de complemento del sistema público de pensiones viene siendo realizada gracias a los compromisos sociales alcanzados por vía de la negociación colectiva. Es suficientemente conocido que la autonomía negocial no se circunscribe únicamente a la fijación de condiciones laborales sino que también en los textos de los convenios colectivos se incorporan las llamadas mejoras sociales y asistenciales. Los negociadores encuentran una llamada legal tanto en el art. 85.1 ET como en el art. 39.2 LGSS para realizar este tipo de actuaciones¹.

¹ Entre la creciente doctrina dedicada al estudio de esta materia, vid. por todos ALMANSA PASTOR J. M., "Aspectos jurídicos de la Seguridad Social complementaria", *RL*, nº 7, 1985, ALONSO SAURA, J. L.: «Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los convenios colectivos», *DL*, nº 32, 1990, págs. 81 y ss., BRAVO FERNÁNDEZ C., "La protección social complementaria en la empresa: desarrollo y perspectivas", *Revista de Relaciones Laborales PV*, nº 10, 2004, págs. 139-156; GALLARDO MOYA R. "Las mejoras complementarias

La incorporación de mejoras sociales aparece cada año en un gran número de los Convenios Colectivos según los datos estadístico que ofrece el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Podemos decir que casi la práctica totalidad de la negociación de empresa incorpora para sus trabajadores algún beneficio social adicional al establecido en las normas laborales y de Seguridad Social. Si bien, cuando la afectación del Convenio Colectivo se corresponde con negociaciones de sector se observa cómo disminuye algo su presencia con independencia de cual sea el ámbito territorial de aquéllas ². Estas circunstancias harán que un importante porcentaje de la población trabajadora que se acoge a una regulación convencional podrá disfrutar de las mismas.

Otra cuestión bien distinta es profundizar en la intensidad con la que se abordan las mejoras sociales por cada convenio colectivo. Cada negociación incorpora su panel de complementos sociales en función de las posibilidades económicas del sector o empresa. Ya que casi todos los beneficios sociales van a arrastrar un gasto adicional, tanto en atención a la clase y número de ayudas que se contemplan como al margen de amplitud que desde la negociación se otorgue a la medida implantada para cada una de las ayudas (periodo de disfrute, cuantía económica, número de sujetos que podrán solicitar las prestaciones, edades de los beneficiarios, etc.).

Mediante estas ayudas o mejoras se ofrece al trabajador una amplísima gama asistencial, que es otorgada con ocasión de su vinculación con la empresa mediante una relación laboral. El bloque más importante de todos los beneficios sociales concedidos por la vía convencional estará conformado por las denominadas mejoras complementarias a la Seguridad Social pública. Sin embargo, las posibilidades de la negociación colectiva no se van a agotar sólo con estas medidas sino que también surgen otras muchas que se añaden a esas mejoras como son las ayudas por estudios, guardería, los premios por antigüedad o jubilación, las pólizas de seguro con especial cobertura del accidente de trabajo pero también dedicándose a los seguros de cobertura

del sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva", *RL*, nº 23, 1991; GARCÍA BECEDAS G. "La Seguridad Social complementaria en España", en *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA J. M. (dir.) *Seguridad social complementaria, Cuadernos de Derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004; MANRIQUE LÓPEZ V. F. "La libertad intervenida en un régimen de Seguridad Social complementaria", *REDT*, nº 24, octubre-diciembre 1985, págs. 535 y ss. y del mismo autor "La Seguridad Social complementaria en el nuevo diseño de una Seguridad Social en transformación", *REDT*, nº 39, julio-septiembre 1989, pág. 389; DEL REY GUANTER S. y GALA DURÁN C., "Las mejoras voluntarias: análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia", *REDT*, núm. 63, 1993 o YANINI BAEZA T., *Las mejoras voluntarias en la seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Edersa, Madrid, 1995.

² Idénticas apreciaciones han sido puestas de manifiesto, entre otros, por DE LA PUEBLA PINILLA A., SABDE PÉREZ-BEDMAR M. y SUÁREZ CORUJO B., "La protección social complementaria en la negociación colectiva", en Escudero R. (coor.) *La negociación colectiva en España una mirada crítica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 487 y ss.

de vida o invalidez, asistencia jurídica, la constitución por las empresas de planes y fondos de pensiones, concesión de préstamos o anticipos u otras prebendas.

La posibilidad de introducir mejoras complementarias a las prestaciones públicas de la Seguridad Social aparece en el art. 41 de la CE, una forma de hacerlo será a través de la negociación colectiva. Esta última idea es regulada legalmente y, como hemos anticipado, así se contempla en el art. 39.2 LGSS. Sus vértices son contemplados con mayor precisión por los arts. 191 a 194 del ese mismo texto refundido y en la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 de mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social³. La citada Orden tras reconocer expresamente la posibilidad de introducir mejoras de Seguridad Social, determinaba de qué clase podrían ser las mismas, quedando éstas acotadas a tres (art. 1.2 de la Orden de 28 de diciembre): *1.- aumento de la base de cotización* (hoy desaparecidas salvo las establecidas con anterioridad a 31 de diciembre de 1984), *2.- mejora directa de las prestaciones* o *3.- mejoras mediante el establecimiento de tipos de cotización adicionales* (no utilizada). Sin duda, la vigencia de la citada disposición ha de ser relativa ya que ciertos criterios y límites en ella contemplados no parece que resulten de aplicación en la actualidad al haber sido superados por otras normas posteriores y de superior rango jerárquico. Dentro de esas posibilidades hoy la respuesta convencional (o empresarial) se concentra en la llamada mejora directa de prestaciones, normalmente costeadas por la empresa.

Como seguidamente detallamos la negociación española se vuelca en aquella fórmula de la mejora económica directa de determinados subsidios o prestaciones pero también incorpora protección adicional al sistema público mediante la concertación de seguros privados, al celebrar determinados seguros que cubran los riesgos derivados de accidente laboral y, a veces, se extiende a las restantes contingencias o por lo menos a la enfermedad, con independencia de cual sea su origen.

Al margen de aquella función de complemento los negociadores pueden ampliar las situaciones de protección social, llegando allí donde todavía no ha alcanzado el régimen público de Seguridad Social. Además lo podrán hacer no sólo aumentando su cobertura a ciertas acciones sociales nuevas sino también sobre las que están reguladas. Lo que puede facilitar el acceso a una renta de sustitución a determinados trabajadores que, de otro modo, ante la falta de protección pública por ausencia de los requisitos legales para disfrutar del derecho al subsidio o pensión quedarán desprotegidos. Especialmente parece adecuada esta opción cuando no se cumplen algunos de los presupuestos del

³ BOE de 30 de diciembre.

hecho causante como, por ejemplo, las cotizaciones previas necesarias o periodos de carencia.

De toda la gama posible de mejoras sociales introducidas a través de la Seguridad Social complementaria el trabajo que aquí se presenta va a centrarse en cómo abordan los Convenios Colectivos las incapacidades laborales. Para ello conviene distinguir entre la incapacidad temporal por un lado y el resto de incapacidades laborales por el otro y, finalmente, proceder a explicar los diferentes modos de aproximación de los negociadores españoles a estas cuestiones.

II. LA MEJORA CONVENCIONAL A LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

De entre todos los complementos de Seguridad Social que aparecen en la negociación colectiva el complemento más tratado es el destinado a la prestación por incapacidad temporal. Es, sin lugar a duda, el que mayor presencia cuantitativa tiene en las cláusulas negociales.

Respeto a este complemento lo primero que hemos de subrayar es la multiplicidad de formas de manifestarse a lo largo de la negociación colectiva ⁴. Sus especialidades pueden referirse bien a la causa que permite su percepción, a la cuantía económica de la mejora, a la limitación temporal de la mejora en atención a criterios singularizados, que abarcan desde la hospitalización, la patología, el previo disfrute de la mejora durante el año, hasta delimitar su disfrute en atención al nivel de absentismo en la empresa. Un detallado análisis de la mejora nos hace adelantar la conclusión de que hay que valorar por una parte muy positivamente su presencia en las cláusulas convencionales (que como ya hemos apuntado es muy alta) y, por otra, atender en cada caso concreto a la extensión real que comporta esta mejora.

2.1. CONTINGENCIAS O RIESGOS CUBIERTOS

Los Convenios Colectivos acostumbran a distinguir, en muchas ocasiones, el percibo del complemento si se trata de contingencias profesionales o de contingencias comunes. La mejora social aparece con mayor profusión para los riesgos profesionales, a pesar de que el número de convenios que cita la mejora por IT es muy alto en ambos casos. También se encuentran negociaciones que sólo van a complementar la baja laboral cuando se trata de accidente de trabajo (a partir del primer día y normalmente hasta el

⁴ Para un mayor desarrollo de esta afirmación puede consultarse nuestro estudio de Convenios Colectivos GÓNZALEZ-POSADA E. y otros, *La negociación colectiva de Castilla y León 2004*, Junta de Castilla y León, 2006, págs. 379 y ss. o, anteriormente, en "Mejoras y beneficios sociales en la negociación colectiva" en GÓNZALEZ-POSADA E. y otros, *La estructura y el contenido de la Contratación colectiva en Castilla y León*, 2001, págs. 263 y ss.

100% de las retribuciones). Pero, sin embargo, sorprende apreciar que ciertos convenios colectivos no ofrecen un tratamiento equivalente a los supuestos de enfermedad profesional, a los que expresamente no mencionan. Para nuestro estudio será indiferente que se trate de negociación de sector o de empresa, pues estas anómalas particularidades de exclusión están presentes tanto en uno como en otro ámbito funcional.

La restricción de la mejora a los riesgos profesionales no va a aparecer en otros convenios colectivos, en los cuales la mejora negocial a la incapacidad temporal se suele reconocer cualquiera que sea la causa determinante; si bien se aprecia un descenso de esta clase de cláusulas generales. Aunque también en este caso habrá que atender a las singularidades de cada convenio colectivo pues hay negociaciones que deciden no complementar el accidente no laboral. De esta última circunstancia es también consciente la administración laboral pues al incluir en sus hojas estadísticas la pregunta relativa a los complementos 'retributivos' por prestaciones sociales esta causa no recoge los riesgos comunes sino tan sólo la enfermedad común.

En cuanto al número total de Convenios Colectivos que incorporan el complemento que mejora la prestación pública por incapacidad temporal tratándose de enfermedad común la cifra se reduce en relación con aquellos que hemos visto que se refieren a los riesgos profesionales. La diferencia en número de convenios con los que acogen las contingencias profesionales hará que, para este caso, descienda la población trabajadora cubierta, en particular en la negociación de ámbito sectorial.

Al profundizar más se descubre que es muy relevante el número de convenios que sólo mantienen la mejora introducida durante tiempo limitado, aun cubriendo el accidente laboral o la enfermedad profesional, por ejemplo, la limitan a un número de meses o, en ciertas ocasiones, sólo a unos días o la limitación opera para sucesivas bajas pero no para la primera o primeras del año. Otras negociaciones comenzarán a abonar la mejora por contingencias profesionales a partir de una fecha, por ejemplo a los 15, 20, 30 días desde que se ocasionó la baja.

2.2. SECTORES DE ACTIVIDAD

Por sectores de actividad el complemento a la enfermedad común es muy frecuente en la industria y también destaca en los servicios. Por su parte en la construcción figurará en algunos convenios sectoriales pero no en todos. Por regla general la agricultura es bastante ajena al mismo, no lo recoge ni la negociación de sector ni tampoco la de empresa o, cuando sí lo hace, es por un tiempo muy breve, por ejemplo, por cuatro días y por una sola vez al año.

2.3. DELIMITACIÓN DE LA CUANTÍA ECONÓMICA DE LA MEJORA Y PERÍODO DE DISFRUTE

Como hemos adelantado vamos a localizar numerosos Convenios Colectivos que diferencian el nivel de incidencia de la mejora para el complemento a la incapacidad temporal según nos encontremos ante una contingencia profesional o con una contingencia común, a veces incluso diferenciando el accidente profesional, la enfermedad profesional, la enfermedad común o el accidente no laboral. Distinciones que aparecerán bien en cuanto al porcentaje del complemento, incluso en ocasiones no reconociéndolo para alguna de ellas, bien a la duración del mismo o bien, ciertas veces, para ambos parámetros. También llama la atención cómo alguna negociación distingue por un lado entre accidente laboral grave o muy grave y, por el otro, enfermedad común, accidente no laboral y accidente laboral leve.

En la fijación de la concreta cuantía de la mejora hemos de apuntar que es numeroso el número de convenios colectivos que mejoran la cobertura del subsidio público, de manera que complementan la percepción del subsidio económico por incapacidad temporal hasta el 100% de la retribución en activo. Esas negociaciones colectivas fijarán hasta el 100 por ciento de la retribución real desde el primer día de la misma y hasta la curación definitiva o el pase a la situación de incapacidad permanente, sin importar si se trata de una incapacidad derivada de enfermedad o accidente, sea o no laboral. Si bien habrá que matizar qué considera cada negociación ese salario pleno, pues la casuística es abundante, incluyendo en ciertas ocasiones salario base, antigüedad, complementos de puesto de trabajo y productividad, otras veces sólo el salario garantizado: sueldo de convenio más antigüedad, otras veces se refieren al sueldo íntegro por todos los conceptos o al salario devengado el mes anterior a la baja. Hay gran disparidad en los términos utilizados por los negociadores en cuanto a la extensión económica del complemento a la incapacidad temporal. A veces se refieren al complemento hasta el 100% salario sin precisar más, pero otras tantas matizan aquella referencia y se circunscriben al salario real, salario de convenio, percepciones salariales brutas, todos los emolumentos, retribuciones salariales incluyendo pluses de transporte; otras veces concretan con minuciosidad qué partidas salariales integrarán la mejora. Por ejemplo cuando el complemento hasta el 100% no alcanza a toda la retribución del trabajador sino, tan sólo, el salario base más la antigüedad o especifican determinados complementos salariales que serán incluidos en la mejora de Seguridad Social.

Cada vez es más habitual que los convenios colectivos, tratándose de contingencias comunes, limiten la percepción de la mejora de Seguridad Social. Casi siempre, cuando durante el año ya han existido periodos anteriores de disfrute de la misma, bien

introduciendo una significativa reducción en la cuantía o no reconociendo la mejora. Esta práctica bastante reiterada por la negociación colectiva persigue también -como seguidamente analizamos- la lucha contra el absentismo laboral por ello se suele circunscribir al complemento de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes, principalmente cuando el cobro de la mejora lo es por enfermedad común.

2.4. EL ABSENTISMO LABORAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL TIEMPO DE DISFRUTE DE LA MEJORA POR INCAPACIDAD TEMPORAL

La lucha contra el absentismo injustificado apareció concretada en el ANC 2005 ⁵, llamando a arbitrar medidas que lo reduzcan, ya sea en ámbitos sectoriales o en negociaciones de empresa. Además se recomienda identificar las causas del absentismo, dar a conocer a las plantillas la situación de cada establecimiento y qué actuaciones se seguirán, así como establecer criterios para su reducción. Nuevamente el AINC para 2007 reitera esas consideraciones incidiendo no ya sólo en el conocimiento de las causas que generan el absentismo sino en la implantación de medidas correctoras ⁶. También en este Acuerdo se propone el establecimiento de planes concretos en cada empresa, indicando la necesidad de dar publicidad de la situación de absentismo injustificado que se vive en cada caso así como de las concretas acciones para su erradicación llevadas a cabo.

La medida más utilizada por nuestros negociadores contra el absentismo se vincula a la mejora convencional por incapacidad temporal. Se suelen introducir limitaciones al cobro de los complementos de la mejora por incapacidad temporal, ya que, a veces, sólo operan para bajas que pueden considerarse prolongadas, por ejemplo a partir de los 30 días, salvo en caso de hospitalización. Puesto que los casos en que debe ser hospitalizado el trabajador gozan de un trato especial: un número creciente de Convenios Colectivos cuando mencionan esta concreta situación recogen el incremento hasta el 100% de la retribución que percibiría el trabajador como si estuviera trabajando y desde el primer día de la baja o el momento de la hospitalización, aún tratándose de enfermedad o accidente común e, incluso, cuando la baja acaezca tras reiteradas recaídas en el año natural. Es excepcional que, en estos supuestos, los negociadores (si mencionan el internamiento en un centro sanitario) limiten en el tiempo el percibo del complemento a la incapacidad temporal o la cuantía del mismo. Aunque se observa en ciertos convenios colectivos que para su abono van a exigir un tiempo mínimo en días de internamiento hospitalario.

⁵ BOE de 16 de marzo de 2005.

⁶ BOE de 27 de febrero de 2007.

Otras veces en caso de contingencias comunes se complementa la baja laboral no desde el primer día sino pasados al menos 4, 5, 7, 8, 15, 17, 20, 21 días y se hace sólo para la primera baja sufrida por el trabajador durante el año (aunque a veces incluye las dos o tres primeras bajas médicas) y para las sucesivas o bien ya no se complementa la prestación pública o bien si se hace se demora el momento a un tiempo mayor con la idea de cubrir la baja laboral larga. E, incluso, son numerosas las negociaciones que deciden limitar el tiempo del percibo de la mejora, cualquiera que fuera la contingencia que la ocasionó, a un periodo máximo, por ejemplo de 3 meses o de 6 meses. A veces mayor, 10 ó 12 meses. De modo que se observa cómo los criterios utilizados por los negociadores para combatir el absentismo injustificado son diversos y a veces antagónicos, ya que algunos prefieren eliminar la baja de corta duración donde probablemente se esconda la mayor bolsa real de absentismo injustificado y otros, con menor justificación en esta causa, la prolongada en el tiempo al entender que el periodo de recuperación puede verse dilatado innecesariamente.

Además, normalmente, junto a la fijación de un límite temporal máximo de disfrute ya descrito, aunque la casuística es inagotable (por ejemplo 5 meses dentro del año natural siguiente, 5 meses para contingencias derivadas de riesgos comunes, 7 meses ó 10 meses para todas las contingencias, 11 meses para casos de contingencia profesional, otros con el límite de 12 meses, etc.). También se limita el complemento de hasta el 100% de la retribución de los trabajadores que ofrece la empresa a la primera o primeras bajas, combinando la reducción duración de la mejora por incapacidad temporal con la también rebaja de la cuantía de la misma. De esta forma se concreta el número de veces que podrá disfrutarse de la mejora a la incapacidad temporal en el año natural por una misma persona (tres, cuatro, cinco). Ello supone que las bajas reiteradas en el tiempo supondrán o bien el recorte o disminución del complemento convencional al subsidio de Seguridad Social o bien su supresión total o por lo menos su no disfrute hasta transcurrido un largo periodo de tiempo desde el inicio de la baja.

La opción tomada por otros negociadores de convenios colectivos será fijar un porcentaje reductor para la segunda baja laboral o la demora del día de percibo en las sucesivas situaciones incapacitantes del año. En fin, se llega a suspender la mejora convencional para la tercera y siguientes situaciones de incapacidad temporal del año, en ellas sólo se reconoce el subsidio público. Algunas negociaciones son flexibles al introducir estas medidas pues permitirán valorar cada concreta situación a una comisión. O, por ejemplo, sólo opera la mejora complementada al 100% en la primera baja del año y para las siguientes o disminuye la cuantía de mejora (al 80% u 85%) o desaparece.

Cada vez son más las negociaciones en las cuales se atiende al nivel de absentismo medio acumulado en la empresa para el abono de la mejora por incapacidad temporal y,

normalmente, la segunda baja laboral no es operativa si se alcanzan los porcentajes descritos en el convenio (que variarán según la negociación, hemos encontrado referencias al 5%, 3,7%, 3,5%, el 2,5%, el 2,25%, 1,8% o el 1,5% de absentismo). En vez de implantar en todo caso la medida drástica de suprimir el complemento también algunos negociadores deciden reducir los beneficios de la mejora convencional a la incapacidad temporal en función de los niveles de absentismo en la empresa, de forma que a mayor nivel de absentismo menor es el complemento convencional de Seguridad Social por incapacidad temporal. En la casuística convencional y dentro de esa progresiva disminución también se detectan convenios colectivos en los cuales, si se alcanza un porcentaje predeterminado de absentismo, va a desaparecer completamente el complemento convencional. Las singularidades localizadas son muchas, pero los convenios suelen ser receptivos a circunstancias particulares del enfermo pues o bien excluyen de este régimen a las bajas laborales de larga duración o bien a partir de un día predeterminado se volverá a recibir el complemento convencional. En todo caso la hospitalización, casi siempre, hará que mientras el trabajador esté internado en un centro sanitario se perciba nuevamente la mejora convencional a la incapacidad temporal suprimida. Se trata de negociadores sensibles a la causa de la incapacidad que hacen precisamente lo contrario de otros convenios colectivos al regular la mejora cuando se trata de situaciones de larga enfermedad y complementando hasta el 100% del sueldo (más antigüedad) si la baja es superior, por ejemplo a 44 días.

2.5. FIJACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA MEJORA EN ATENCIÓN AL RIESGO. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA CONTINGENCIA COMÚN Y EL RIESGO PROFESIONAL

A) importe

El análisis de la negociación colectiva permite señalar el trato singular que recibe la cobertura del riesgo común, especialmente la enfermedad común frente a los riesgos profesionales. En los casos de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidentes no laborales una importante porción de los Convenios Colectivos de empresa no alcanzan a complementar hasta el 100% de la retribución real que percibiría el trabajador si estuviera en activo. Normalmente se sufraga entre el 80% o el 85% del salario fijo, casi siempre durante un tiempo limitado y tan sólo alcanza a las primeras bajas laborales de cada año. Estas reducciones aparecen con frecuencia en los convenios colectivos de empresa. Además, como venimos apuntando el percibo de la mejora se pospone hasta pasados unos días del inicio de la baja médica. De forma que se observa un claro paralelismo con la regulación del subsidio por incapacidad temporal en nuestro modelo de Seguridad Social, ya que los primeros tres días no gozan de

aquella cobertura si el origen de la incapacidad es una enfermedad común o accidente no laboral. Este tipo de medidas coloca indiscriminadamente a todas las incapacidades temporales por riesgos comunes cuando son de muy corta duración, y las posiciona además bajo la sospecha del fraude, o al menos, busca la desincentivación aquéllas al carecer de toda cobertura sustitutiva de rentas (tanto del sistema público de Seguridad Social como del modelo complementario que incorpora el convenio colectivo).

Como ya hemos apuntado en ciertas ocasiones la reducción se produce a partir de las segundas y posteriores bajas que el trabajador sufra durante el año natural y durante el primer tramo temporal de la cobertura, de forma que una vez superados los primeros días (16-21) o todo el primer mes ya se percibirá el 100 por ciento del salario, de modo que a partir de entonces se recupera hasta el 100% la mejora social por incapacidad temporal. Otros textos de convenios colectivos esperan para aplicar esta medida hasta la tercera baja anual y también dilatan el cobro de la mejora laboral, por ejemplo, al segundo mes de la baja médica.

Debido a que la cobertura de Seguridad Social pública es más elevada para las contingencias profesionales y que su abono es asumido por la entidad gestora desde el primer día de la baja, el coste real de la mejora que pagará la empresa a su cargo durante esos primeros días es menor que en los casos de incapacidad derivada de contingencias comunes. Ésta es una de las razones por la que, además de ser más frecuente la concesión de dicho complemento, los requisitos exigidos convencionalmente no sean tan rigurosos como en el caso de la mejora por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. A pesar de ello crece el número de Convenios Colectivos que comienzan a limitar estas mejoras por contingencias profesionales, de forma que su inicio se retarda temporalmente a partir del momento en que aquella baja tenga una duración media. Alguna negociación excluye el pago la mejora si se debe a patologías muy comunes, como en caso de tratarse de *“lumbalgias, artritis de rodilla, tobillos y manos, junto con lumbociáticas”*. No podemos olvidar que también la búsqueda de la reducción de la duración de los tiempos medios de determinados procesos patológicos ha provocado que en los últimos años se realicen convenios entre el INSS y los distintos servicios de salud autonómicos para el estudio y control de ciertos diagnósticos comunes (*trastornos neuróticos, trastorno depresivo no calificado bajo otros hernia inguinal, osteoartrosis y enfermedades afines, trastorno interno rodilla otros trastornos y trastornos neom de articulación, trastorno del disco intervertebral, otras alteraciones columna cervical, otras alteraciones de la espalda no especificados, tendinitis intersecciones periféricas y síndromes conexos otros trastornos de sinovia tendón y bursa, trastorno de músculo ligamento y fascia, otros trastornos de tejido blandos o esguinces y torceduras*

de tobillo y pie). Sobre los que recae cierta sombra de indebida prolongación de las situaciones de baja médica⁷.

Otras negociaciones delimitan con exactitud cuál va a ser la cuantía económica en euros brutos que cobrará el trabajador sumada la mejora convencional que se incorpora en el convenio colectivo al subsidio público por incapacidad temporal.

b) *Ciertas precisiones económicas de la mejora*

Las prestaciones de Seguridad Social se abonan en doce pagas, sin embargo algunas empresas a través de la negociación en convenio colectivo adquieren bien el compromiso de complementar también las pagas extraordinarias a pesar de que el trabajador esté de baja o bien no introducen descuentos en la cuantía de la paga extraordinaria cuando aquél se reincorpore al trabajo. Descuento que sería el que correspondiese a la parte proporcional al tiempo que duró la baja. Ambas decisiones son importantes mejoras convencionales a la prestación pública por incapacidad temporal, no muy frecuentes en nuestra negociación.

Lo mismo sucede en cuanto al reconocimiento de las vacaciones y su retribución, para su pago algunos convenios colectivos contemplan que no se tendrá en cuenta la situación de incapacidad temporal previa del trabajador. Son menos los convenios colectivos que añaden a esa consideración su disfrute (quedando interrumpido por la situación de incapacidad temporal en vacaciones ya iniciadas), y sólo si acontece la hospitalización en otros casos. Para la mayoría de los negociadores que abordan esta cuestión esto sólo sucede si la situación de incapacidad temporal acontece con anterioridad al inicio de las vacaciones, corriendo el trabajador con las consecuencias derivadas del hecho fortuito de caer en situación de incapacidad temporal ya iniciadas las vacaciones⁸. En otras ocasiones sólo se recoge dicho beneficio que deja intactos los días de descanso anual si la baja fue ocasionada por accidente laboral.

⁷ Los convenios amparados en el Programa piloto para estudiar el comportamiento de los procesos de incapacidad temporal derivados de ciertas patologías para este último año 2007 aparecen publicados en el BOE. Así -por incorporar algunos de ellos- pueden consultarse el de Castilla y León (BOE de 21 de junio), Castilla La Mancha (BOE de 25 de junio), La Rioja (BOE de 11 de julio) o Andalucía (BOE de 1 de agosto).

⁸ La propia doctrina judicial ha venido avalando estas situaciones, calificándolas como casos fortuitos que no alcanzan las obligaciones empresariales y sólo en los casos en que el convenio u otro acuerdo, incluida la condición más beneficiosa, fije un tratamiento especial para la incapacidad temporal sobrevenida durante las vacaciones se va a admitir la suspensión de los días de disfrute de las vacaciones ya iniciadas. Vid, entre otras resoluciones, STSJ de Navarra de 18 de noviembre de 1995, de Asturias de 16 de junio de 2000 o la reciente Sentencia de la sala cuarta del TS de 5 de julio de 2007.

2.6. OTRAS CUESTIONES ABORDADAS POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA RESPECTO A LA INCAPACIDAD TEMPORAL

En cada Convenio Colectivo se exige una serie de requisitos adicionales para que los trabajadores puedan lucrarse de dicho complemento negocial. Al margen de presentar los correspondientes partes médicos de la baja ante la empresa, por regla general aparece la obligación para el trabajador que recibe dichas mejoras de someterse a los controles o reconocimientos médicos de la empresa y en el caso de negarse a ellos podría perder el complemento económico pactado en el Convenio Colectivo, en correlación a las facultades de control empresariales previstas por el art. 20.4 del ET para verificar la enfermedad o accidente que padece el trabajador. Si bien, para su control se exige por ciertos negociadores que se realice de acuerdo con el comité de empresa y no unilateralmente por el empresario. Algún Convenio Colectivo califica a las situaciones de mal uso de la baja médica o reiteración injustificada de las mismas como contrarias a la lealtad en la empresa. Otros directamente recogen la automática retirada de la mejora convencional a la incapacidad temporal, que además operará con carácter retroactivo desde el primer día de la baja, en caso de que se compruebe que quien la recibe se encuentra, en dicha situación, realizando trabajos fuera de la empresa.

No parece que resulte aceptable que el cobro de esta mejora se subordine a una antigüedad mínima del trabajador en la empresa, pero sí hemos encontrado algún convenio que la exige, por ejemplo de 6 meses.

Ante la complejidad de la gestión de esta mejora empiezan a encontrarse negociaciones que incorporan un reglamento o un anexo que contiene un completo articulado sobre su abono, porcentajes, situaciones, duración de la prestación, atención a las diferentes situaciones (hospitalización, tipo enfermedad, mejorando el tratamiento para la crónica frente a la común, etc.), control, seguimiento, etc.

Con carácter general el complemento a la incapacidad temporal se abona en el caso que el trabajador tenga derecho al percibo del subsidio de Seguridad Social; esto es, básicamente tener cubierto el periodo mínimo de carencia para poder generar el derecho a lucrar la prestación, cuando aquél es requisito de la prestación en función de la contingencia que lo origina. Sin embargo, ciertos convenios colectivos introduciendo una mejora sustancial en esta materia, se hacen cargo de la retribución básica del trabajador en caso de baja por incapacidad temporal provocada por enfermedad común (única que necesita de un periodo previo de cotización de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante) hasta que esté cubierto dicho periodo⁹.

⁹ Sobre el tratamiento de esta mejora en la doctrina judicial y su evolución vid. MEDIAVILLA CRUZ M^a. L., "Devengo de mejora voluntaria por IT derivada de enfermedad aunque no se cause

III. EL INSUFICIENTE ACERCAMIENTO A LAS INCAPACIDADES PERMANENTES

No resulta nada común encontrar en los Convenios Colectivos disposiciones que mejoren directamente la pensión pública de Seguridad Social que recibe el trabajador declarado incapaz para el trabajo. Más bien la negociación colectiva prefiere optar por la concertación de pólizas de seguro que cubran, mediante las indemnizaciones previstas para cada situación, la imposibilidad de continuar prestando el trabajo a causa de la situación incapacitante (como más adelante se estudia en este artículo).

Menos comunes todavía son aquellas cláusulas convencionales en las que, con ocasión de la incapacidad como causa extintiva de la relación laboral, se abona una indemnización a tanto alzado a quien por la declaración de incapacidad causa baja en la empresa. Suelen ser indemnizaciones de una, dos o tres mensualidades de salario y acostumbran a vincularse a la antigüedad del trabajador o también a su edad. Es, por ejemplo, el caso de aquella negociación que fija una indemnización de 1 mes para la incapacidad permanente total, 2 meses en supuestos de declaración de incapacidad permanente absoluta y 3 meses en los casos de gran invalidez. Pero normalmente estas indemnizaciones no se abonan a todo el personal declarado incapacitado, sino sólo a aquella facción de la plantilla con importantes y prolongados vínculos temporales con la empresa, así se localizan cláusulas que para proceder al abono de aquéllas exigen que el trabajador tenga una antigüedad en la empresa de al menos 20 años.

Tras un continuado estudio de la negociación colectiva se observa que disminuye el número de cláusulas que incluyen este tipo de mejoras, que pueden ser o bien complementos a la pensión pública por incapacidad permanente o bien seguros privados que cubran ese riesgo. La tendencia constatada año tras años es a la disminución de su presencia en todos los convenios colectivos. En particular en las negociaciones de empresa que suelen ser las que más frecuentemente las recogen. En el avance provisional de la negociación colectiva de 2006 que publica el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se constata la mencionada disminución progresiva tanto en convenios colectivos (con una pérdida de esta mención en 187 convenios, de los cuales son de 135 empresa y 52 de sector que en gran parte se debe a la disminución de convenios registrados de un año para otro) como, lo que es realmente trascendente, en población

derecho a la prestación de Seguridad Social. Comentario a la STSJ Extremadura de 4 de enero de 2007. En dicha Sentencia el Tribunal concluye otorgando la mejora voluntaria. A su parecer entiende el juzgador que esa era la intención de quienes suscribieron el convenio colectivo, no tanto de mejora o de complemento de la concedida por la Seguridad Social sino de cobertura directa. Y lo hace en aplicación del art. 1282 del Código Civil, además de acudir al criterio del artículo 1281 del mismo texto legal, que nos dice que en caso de que las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá su voluntad o intención sobre lo que podíamos denominar 'la mala expresión' de la cláusula.

trabajadora afectada, pasando de un 28,2% en 2005 a un 27,3% en 2006 ¹⁰. Como hemos apuntado es algo mayor el índice de presencia de este tipo de mejoras de la Seguridad Social en el caso de las negociaciones colectivas de empresa que en las de sector, pero en cifras absolutas no es importante ni en una ni en otra.

Si se quiere profundizar en esta mejora social a la incapacidad laboral permanente por sectores de actividad, se observa una propensión a la homogeneidad en todos ellos (servicios, industria, construcción y también agricultura). Aunque si hemos de indicar donde es más habitual debemos apuntar que predomina su regulación en las actividades industriales y de construcción.

Como veremos más adelante algunas cláusulas de convenios colectivos de empresa, ante una declaración de incapacidad permanente total por parte del organismo competente de la Seguridad Social, recogen el compromiso de asignar a la persona incapacitada a un puesto de trabajo que sí sea compatible con su declaración de incapacidad, incorporando una nueva clase de movilidad funcional creada por la negociación colectiva. En estos casos se mantendrán los salarios reales que viniera percibiendo el trabajador, pues el cambio de puesto de trabajo se contempla en muchas ocasiones sin que suponga una merma de los derechos económicos previos. Si bien, hay negociadores que afinan esta cuestión de forma que el trabajador percibirá, por un lado, el salario correspondiente a su nuevo puesto en la empresa, por el otro, la pensión pública de incapacidad permanente y en caso que la adición de ambas cuantías fuera inferior a la remuneración que percibía antes de la declaración de incapacitado, se le complementará por la empresa hasta cubrir aquel importe inicial.

Para que opere esta clase de movilidad, sin suspender ni tampoco extinguir el contrato de trabajo, los convenios colectivos van a exigir que el trabajador sea plenamente capaz para las nuevas funciones. Hemos de indicar que determinados convenios colectivos incorporan esta especialidad como una expectativa de movilidad y no como un auténtico derecho del trabajador declarado incapaz permanente, pues debe existir un puesto vacante en la empresa para que se lleve a cabo la nueva asignación de funciones.

En los casos en que el compromiso de recolocación del incapaz permanente total no fuera posible, se observa cómo mediante algún acuerdo colectivo se adquiere el compromiso de complementar el importe de la pensión pública por incapacidad permanente total en un 20% hasta que la propia Seguridad Social comience a pagarle la prestación por incapacidad permanente total cualificada, siempre que medie el compromiso del trabajador que se beneficiara de aquella mejora convencional de no

¹⁰ Los datos actualizados pueden consultarse en la página web <http://www.mtas.es/estadisticas/es/index.htm>

realizar ningún otro trabajo. Dicho complemento se abonará por las mismas circunstancias para las que otorga la Seguridad Social el incremento de la pensión; es decir, cuando por la edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual, que anteriormente desarrolló el trabajador incapacitado (tal y como lo recoge el art. 139.2 LGSS).

Por último, una mejora no económica que repercuta en el incapacitado laboral, es aquella por la cual se decide que permanezca viva la relación laboral mientras no transcurra un periodo años, algunos de los convenios colectivos van a mejorar sustancialmente los dos años que fija el art. 48.2 ET elevando la suspensión del vínculo laboral a un tiempo mayor, por ejemplo a seis años.

IV. LA ACCIÓN ASEGURATIVA

No son desdeñables las cláusulas de protección ofrecidas a través del compromiso que incumbe al empresario de concertación de un seguro pactado en convenio colectivo, con la obligación de cobertura de distintas contingencias que puedan acontecer al trabajador, en particular la incapacidad permanente o la muerte. Aquél compromiso se acometerá mediante la celebración de seguros de vida y accidentes.

Un número importante de convenios colectivos de la negociación de empresa, y en menor medida la de sector, introduce el citado compromiso de concertar con carácter obligatorio pólizas de seguros por parte del empresario, que en el caso de suceder un siniestro cubierto posibilitan el cobro de una indemnización adicional para los trabajadores afectados. Estas pólizas cubren siempre los riesgos profesionales, en especial si acaece la muerte o la incapacidad del trabajador, tratándose normalmente de incapacidad permanente en sus grados de absoluta y gran invalidez y en ciertas ocasiones también se extiende a la incapacidad permanente total. El coste de la prima se abonará por el empresario, aunque a veces se reparte su coste de forma que el trabajador si decide acogerse al beneficio debe correr con un pequeño porcentaje que será detráido de su nómina para costear la correspondiente prima.

En determinadas negociaciones las pólizas de seguros se amplían cubriendo también posibles contingencias comunes. Cuando se asume el compromiso de aseguramiento de la enfermedad común se suelen aplicar reglas de admisión a la contratación de la póliza por parte de la compañía aseguradora, que va a exigir la realización previa de un análisis del estado de salud del trabajador asegurado o, en su defecto, una declaración jurada de aquél atinente a su estado de salud. A veces también se amplía la cobertura a posibles accidentes extraprofesionales y asimismo incluyen la muerte natural. Por el contrario, se

suelen excluir de las pólizas de seguro los casos en que la contingencia se origina por la práctica de deportes o actividades de alto riesgo.

Por algunos Convenios Colectivos junto a los seguros de accidente cuando se trata de muertes también se incluye en la póliza la cobertura de los gastos de sepelio o el pago de un número de mensualidades que se abonará a los derecho-habientes del fenecido. Sin embargo es extraño que en las situaciones de incapacidad permanente se añadan otras medidas complementarias, económicas o no, que pudieran contribuir a sobrellevarla. Por ejemplo tratamientos rehabilitadores u otra atención social.

Los importes que se abonarán en caso de acontecer la contingencia varían si se trata de una muerte o de una incapacidad permanente, las cuantías suelen ser algo superiores para las incapacidades, aunque no en todos los casos ya que en algunos Convenios Colectivos se igualan las indemnizaciones con independencia de que el resultado del accidente sea una muerte o una incapacidad. Si se actualiza el riesgo y acontece la contingencia correrá a cargo de la compañía de seguros el pago de la cantidad asegurada, no obstante el incumplimiento empresarial de concertar la póliza hará que sea éste el responsable directo ya que se trata de un pacto exigible al contratante¹¹.

Los beneficios económicos de la póliza que recibirá el trabajador incapacitado o sus herederos legales (o aquél a quien se designe beneficiario de la póliza) dependen del sector o empresa y oscilan entre los 3.000 hasta llegar a superar los 60.100 euros y a veces incluso la cuantía económica se eleva considerablemente, por ejemplo, a 90.000 euros. Dentro de esa amplia horquilla podemos encontrar a lo largo de la negociación otras cuantías indemnizatorias la más repetida ronda normalmente entre los 24.000 y 30.000 euros. Por regla general el beneficio será el mismo para todas las categorías o grupos profesionales, si bien en ciertas negociaciones aparece una diferenciación de la cobertura para determinadas categorías. Esto acontece en algún Convenio Colectivo de empresa.

Como ya hemos reseñado son escasos los convenios colectivos en donde la cobertura es superior para el caso de muerte que en el supuesto de incapacidad permanente. Otros textos convencionales diferencian esos importes en función de que acaezca la muerte por accidente de trabajo o por enfermedad profesional e, incluso, para la invalidez derivada de una u otra contingencia. También son raros aquellos Convenios Colectivos que distinguen el capital garantizado por el seguro de vida y accidentes según

¹¹ Al respecto vid. BARREIRO GONZÁLEZ G. "La responsabilidad respecto de mejoras por riesgos profesionales introducidas por convenio colectivo. El aseguramiento mercantil y su omisión", *REDT*, núm. 60, 1993 y DE VICENTE PACHÉS F. "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. La responsabilidad del asegurador en el seguro colectivo laboral. Comentario a la STSJ de Andalucía/Málaga de 5 julio 1999", *AS*, vol. III-1999, págs. 2910-2915.

se trate de muerte, incapacidad permanente absoluta o incapacidad permanente parcial o total derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Venimos apuntado que no es frecuente que se distingan los importes de la cobertura asegurada tratándose de una muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional o de una invalidez, en cualquiera de sus grados permanente total, absoluta o gran invalidez; sin embargo, cuando sí aparece una distinción entre una clase u otra de riesgos (profesionales o comunes) el montante económico de la póliza es bastante inferior para los casos con resultado de muerte que para aquellos de invalidez. Lo mismo que, por cierto, sucede en el aseguramiento privado individual.

En ocasiones muy puntuales el importe del capital asegurado por cada trabajador variará en atención a la situación personal de los trabajadores, tomando en cuenta si éstos son solteros, casados, viudos, con o sin hijos, que los hijos fueran o no menores de 18 años, otro tipo de cargas familiares, etc.

Son muy pocas las cláusulas convencionales que van a definir qué debe entenderse por accidente de trabajo para tener derecho al disfrute del pago del seguro de vida y accidentes si se actualizase el riesgo, y las que lo hacen se refieren a aquél ocurrido con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute por cuenta ajena. Muchos convenios colectivos se remiten al concepto de accidente de trabajo dado por la normativa de Seguridad Social (art. 115 LGSS), otros por el contrario prefieren acudir a la Ley del contrato de seguro privado. También es interesante aludir a los matices que contienen, puesto que en ciertos casos los negociadores se remiten sin más a lo establecido por la legislación de Seguridad Social mientras que otros convenios colectivos expresamente incluyen dentro del concepto de accidente de trabajo el accidente *in itinere*.

No es común excluir a ciertos trabajadores de la cobertura del seguro en atención a su antigüedad en la empresa, menos aun cuando los riesgos que cubre la póliza son los profesionales, pero sí se encuentra alguna cláusula que exige al menos 3 meses o mayores plazos, por ejemplo de hasta 6 meses.

V. LA SUSCRIPCIÓN COLECTIVA DE PLANES DE PENSIONES

En los convenios colectivos no se detecta una presencia relevante de este específico tipo de acciones sociales de previsión social complementaria, ya que el número de convenios colectivos que contiene el compromiso de crear o dar continuidad a un Plan de pensiones de empresa es todavía inapreciable en el conjunto de la negociación de la empresa privada. No así en la Administración y las empresas públicas pues desde el año 2002 los sucesivos acuerdos entre las Administraciones y los sindicatos provocan un

crecimiento continuado de estos medios ¹², ya sea en la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, los entes locales u otras Administraciones no territoriales.

En todo caso la implantación de un plan de pensiones en sus distintas formas se trata de un complemento a las pensiones públicas de Seguridad Social que, por sus propias características, sólo suele incorporarse en los convenios colectivos de empresa. Su incidencia en la negociación sectorial no supone ni siquiera una afectación del 2,2% de la población trabajadora en el año (según datos provisionales del año 2006 ¹³). A veces ni siquiera se utiliza el instrumento del convenio colectivo prefiriendo un acuerdo específico al margen de la negociación de las condiciones laborales de la empresa. A pesar de ello la cifra de planes y fondos de pensiones es creciente en los últimos años, elevándose de una manera muy lenta el número de población trabajadora que podrá disfrutar del llamado segundo nivel de Seguridad Social. La fórmula utilizada suele ser el plan de pensiones de empleo. Si se realiza un estudio por los distintos territorios nacionales se descubrirá que hay grandes diferencias en función de las autonomías.

Por sectores de actividad hemos de apuntar que ni la agricultura ni la construcción incorporan esta medida de previsión social complementaria, sí lo hacen aunque sea discretamente los servicios y la industria. Como venimos apuntando la previsión complementaria se recoge principalmente a través de los convenios de empresa, destacando en especial su incorporación a los textos convencionales de las Administraciones Públicas, seguidos de alguna empresa pública. Por lo tanto, el número de trabajadores cubiertos, al ser negociaciones de empresa y en particular Públicas como ya hemos visto no es muy elevado (no llega al medio millón).

En cuanto a la consolidación de esta medida como auténtico complemento de la pensión que mejorará los importes de las pensiones públicas (lo sean por jubilación o invalidez) cuando los trabajadores pasen a situación de inactivos, hemos de decir que no crece en los niveles esperados. Es más, en España su presencia en las cláusulas convencionales es mínima, o bien durante algunos años retrocede levemente -una décima o unas décimas- o bien se ve estancado su crecimiento. El porcentaje de población trabajadora cubierto por este tipo de acciones ni siquiera alcanza el 4,4% si atendemos a los datos de los Convenios Colectivos. De todos los convenios colectivos sean de sector o de empresa ¹⁴. Aunque la realidad es algo más generosa ya que la

¹² Sobre la extensión de este ámbito público vid. ARADILLA MARQUÉS M^a. J., "La previsión social complementaria en el sector público", *AL*, nº 1, 2004, págs. 25 a 38.

¹³ Obtenidos de las estadísticas del MTAS anteriormente citadas.

¹⁴ El incremento de un año para otro es mínimo, en 2005 alcanzó al 4,1% del total de los trabajadores cuyas condiciones laborales están reguladas por alguna negociación colectiva.

población total cubierta por planes de empresa supera el 7%, esta diferencia de datos se produce porque (como ya hemos apuntado) no siempre el convenio colectivo incorpora a su articulado estos planes o fondos de pensiones colectivos.

Si nos detenemos en cuál es el contenido de las cláusulas convencionales éstas se refieren únicamente a los compromisos específicos de creación o constitución del plan de pensiones o, en su caso, a sus respectivas actualizaciones. Serán muchos convenios colectivos los que sólo permiten la adscripción a estas formas de previsión complementaria para las relaciones laborales estables, tratándose como tales además de a los empleados fijos a aquellos trabajadores que tengan una duración superior a un año.

Cuando se incorpora un plan de pensiones también acostumbran a incorporar en el convenio la cuantía del importe que al plan aportará la empresa con una creciente aportación durante la vigencia del convenio colectivo, por ejemplo pasando de 50 € a 60 €, entre los años 2005 y 2007. O, se fija la cuantía que por cada trabajador se destinará por parte la empresa para de plan de pensiones o, en otros casos, el montante global de la aportación empresarial (así delimitado en euros). También acostumbran a señalar los criterios de distribución entre los partícipes (lineal e igual o cantidades diferentes). Igualmente suelen contener disposiciones relativas a la necesidad de redactar un Reglamento de gestión del plan de pensiones que disponga sobre todo lo relativo a las vicisitudes del mismo, con expresa mención de aspectos tales como su constitución, funcionamiento, ejecución y extinción o sobre la distribución de las aportaciones entre la empresa y el trabajador. Finalmente, algún clausulado se refiere a la externalización de los planes de pensiones de acuerdo con lo dispuesto en la regulación vigente. Además con carácter general los convenios colectivos que incorporan esta clase de medidas suelen remitirse a la legislación vigente y sus previsiones, con cita expresa del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre .

Otras veces los negociadores se refieren al compromiso de promover la constitución del plan de pensiones y cuáles son las fórmulas elegidas, por ejemplo mixta de ahorro-jubilación o mediante la modalidad del sistema de empleo. Asimismo se crean las comisiones necesarias para impulsar su creación. Y ya creado el plan de pensiones comisiones de control para su seguimiento, normalmente de carácter paritario.

Sin embargo, la mención convencional a los planes de pensiones no suele delimitar para qué supuestos se prevén y si alguna vez lo hacen se refieren a la jubilación y serán muchos los que omiten las referencias a las incapacidades laborales. De alguna manera la finalidad última del fondo de pensiones suele ser lograr un montante económico mediante el diferimiento de los salarios hasta el momento de la jubilación pero también ha de cubrir las situaciones incapacitantes para el trabajo. Estas cuestiones son tratadas

con detenimiento en los Reglamentos que regulan el concreto plan, de manera que con respecto a las posibles prestaciones por incapacidad a que pudiera tener derecho el partícipe éstas serán reconocidas aplicando las reglas propias del sistema público de Seguridad Social ¹⁵, en sus diferentes grados de total, absoluta o gran invalidez, debiendo tener un reconocimiento por parte de la entidad gestora (mediante resolución del Director Provincial del INSS) de su situación incapacitante. Además se acostumbra a exigir como cláusula ritual que aquella incapacidad suponga para el partícipe una disminución de su renta disponible por aumento de sus gastos o reducción de sus ingresos.

También serán los Reglamentos los que se detienen en las cuestiones relativas a la cuantía de la prestación por incapacidad permanente, permitiendo casi siempre dos modalidades para el cobro de la prestación generada: bien el rescate acumulado del capital (según su derecho consolidado) o bien su percibo de forma periódica, que puede ser mediante una renta no consolidada, agotándose o reasegurando el capital acumulado y eligiendo distinto tipos de renta vitalicia o temporal, incluso reversible a un beneficiario designado y en el porcentaje que se determine o, en fin, mediante renta constante o revalorizable en un porcentaje determinado. También se contempla como posible la combinación de algunas de esas fórmulas, pudiendo el beneficiario delimitar tanto la cuantía, como la periodicidad del pago y, en su caso, su crecimiento. La flexibilidad en los pagos es a veces tan importante que se va a permitir anticipar el capital pendiente de cobrar en cualquier momento. En cualquier caso la cuantía de la prestación consistirá en la percepción del saldo financiero del fondo de capitalización que le corresponda al partícipe en función de las contribuciones de la empresa y las propias. Otras veces el plan es solidario ya que para algunas situaciones incapacitantes, por ejemplo la incapacidad permanente total se asegura una cantidad mínima, otros planes extenderán esos mínimos para todas las situaciones incapacitantes y si los derechos consolidados por el partícipe superan aquélla se le abonarán al incapacitado sus correspondientes derechos consolidados acumulados.

Si se prefiere el cobro del complemento a la incapacidad permanente mediante una pensión ésta normalmente va a tener un carácter vitalicio. Sus efectos económicos comenzarán a partir del día siguiente al del reconocimiento de la situación de incapacidad o cuando se le reconozca los efectos económicos del pago de la pensión pública de Seguridad Social y continuará su abono hasta que se produzca alguna de las

¹⁵ De la lectura de los mencionados Reglamentos se deduce que las remisiones se realizan sin conocer la complejidad del tratamiento legal de las incapacidades laborales por parte del modelo público. De manera que se utilizan conceptos propios de la Seguridad Social, identificando a veces cuestiones que no lo están en la regulación de las incapacidades laborales, por ejemplo el momento del hecho causante con los efectos económicos de la prestación.

circunstancias que conllevan a su extinción, ya sea el fallecimiento del pensionista, ya la recuperación por mejoría u otras causas que así allá sido declarada por propia la Seguridad Social.

VI. EL RECURSO A LA MOVILIDAD FUNCIONAL. UNA MEDIDA PARA LA CONTINUIDAD LABORAL DEL INCAPACITADO

La propia dinámica de la relación laboral hace necesario regular la posibilidad de cambio de funciones sin que ello suponga la ruptura del contrato de trabajo, también las exigencias productivas pueden provocar el paso de la inicial clasificación a otra distinta. El ANC 2005 consideraba a la movilidad funcional como un instrumento de adaptación interna. La movilidad funcional es así entendida por una parte como una medida de flexibilidad interna que permite la adaptación a las necesidades empresariales y la demanda del mercado, pero también puede ser considerada, por otro lado, como un elemento que permite adaptar el encuadramiento profesional a la concreta situación personal del trabajador. Ya que la movilidad va a permitir la continuidad de la relación laboral y la permanencia del trabajador en la empresa, evitando la adopción de medidas más drásticas que pueden incluso llegar a la extinción de la relación laboral.

Sin embargo los convenios colectivos no acogen esas ideas de la flexibilidad cuando regulan la movilidad funcional, será extraño localizar convenios que incorporen esa perspectiva en aras a una organización flexible o competitiva de las plantillas y tampoco que atiendan a la situación personal (o cuadro incapacitante) que padece el trabajador.

Por circunstancias diversas que acontecen en la dinámica de las relaciones laborales con posterioridad a la clasificación profesional de un trabajador puede que sea necesario un cambio de las funciones inicialmente contratadas. La Ley habilita a modificar el inicial encuadramiento pactado. La modificación será posible si así lo deciden por mutuo acuerdo los contratantes, en otro caso el art. 39 del ET contiene los procedimientos correspondientes y fija cuándo y bajo qué requisitos podrán producirse dichos cambios funcionales. Recordemos que en nuestro derecho se permite una completa movilidad dentro del mismo grupo profesional o categorías equivalentes, sin otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales exigidas para el ejercicio de esas funciones así como se fijan parámetros más estrictos cuando se aborda la movilidad funcional ascendente y descendente. Por lo tanto, la movilidad funcional es una de las formas de modificación de las condiciones de trabajo pactadas en el momento del contrato y que consiste en el cambio de las funciones habitualmente prestadas por el trabajador, de acuerdo con la clasificación profesional que se le reconoció inicialmente. Para nuestro estudio interesa la introducción de posibles movilidades funcionales por vía del Convenio Colectivo. Los negociadores van a incorporar variantes a la regulación

legal de la movilidad funcional. Por una parte, algún convenio colectivo normalmente de empresa alude a la movilidad funcional por mutuo acuerdo, pero los textos convencionales también añaden otras formas posibles que se producen bien a petición del interesado en cada caso o por entender los negociadores que con carácter general implantarse otras posibilidades no reguladas por Ley. Estas últimas aparecen casi siempre justificadas en circunstancias personales que concurren (o pueden concurrir) en el trabajador. Se trata muchas veces de una movilidad temporal.

La más frecuente será la movilidad de la trabajadora en estado de gestación por riesgo durante el embarazo, siguiendo las directrices marcadas por el art. 26 de la LPRL –en los Convenios Colectivos se reiteran los requisitos previstos en la legislación de prevención de riesgos laborales- aunque se omitía la protección tras el parto que también contenía ese precepto. Esperemos que con la introducción de la prestación del riesgo durante la lactancia natural (nuevos arts. 135 bis y ter del TRLGSS) y las modificaciones que a la normativa de prevención ha incorporado la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se vayan cubriendo aquellos olvidos. Resultará menos frecuente encontramos con otras movilizaciones que atienden, por ejemplo, a la discapacidad sobrevenida o a otras circunstancias particulares del trabajador como lo es pérdida temporal de autorizaciones administrativas, en particular muchos negociadores prestan atención a la retirada del permiso de conducir. A su lado aparecerá la posibilidad de movilidad del minusválido sobrevenido.

En este último supuesto el convenio colectivo permite el mantenimiento de la relación laboral aún en los supuestos una capacidad disminuida sobrevenida para el trabajador cuando aquella incapacidad le impide desempeñar las funciones de su categoría profesional o su cometido habitual. Para dichos casos algunos convenios colectivos contemplan el compromiso empresarial de acoplarlos en otro puesto de trabajo, eso sí condicionado a que lo haya y a que el trabajo sea compatible con su nuevo estado. Con estas medidas se evita la extinción del contrato del incapacitado permanente total (medida pensada para ese grado de incapacidad más que para el absoluto o el gran inválido) siempre que puedan ofrecérsele otras actividades. Los convenios colectivos acostumbran a introducir compromisos específicos para estas situaciones, de forma que al incapacitado se le va a respetar el salario que tuvieron antes de pasar a dicha situación. Si bien las negociaciones exigen contrapartidas al trabajador, por ejemplo al indicar que debe someterse al horario y condiciones de trabajo del nuevo puesto.

Ante la discapacidad sobrevenida, ciertas negociaciones van a preferir si es posible obligar a la adaptación del puesto del trabajador a su minusvalía (piénsese por ejemplo en una incapacidad permanente total, pero también en la parcial o en reconocimientos de minusvalías sin derecho a prestación pública) y en caso de que no fuera posible es

cuando se contrae el compromiso de la movilidad funcional. Algunas cláusulas negociacionales optan por determinar qué concretos puestos de trabajo pueden ser ocupados por personal con capacidad disminuida. También en ocasiones las cláusulas se introducen sólo para los supuestos en que la discapacidad vino producida por un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Igualmente hay convenios colectivos que atienden a las limitaciones funcionales o psíquicas por razón de la edad u otras razones que merman las capacidades para relevar al trabajador de realizar aquellas funciones que suponen mayores esfuerzos físicos, dificultades, penosidad o impliquen mayor riesgo. En estos casos aparece el compromiso de su recolocación en puestos que siendo de menor esfuerzo sean adecuados a su categoría. Por ejemplo, en el sector de la minería quienes estén afectos de primer grado de silicosis está regulado legalmente su traslado a puesto compatible con su situación, así lo recuerdan los convenios de la minería. La preocupación por la capacidad disminuida de sus trabajadores es especialmente atendida en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas, normalmente los Convenios Colectivos del personal laboral de los Ayuntamientos contienen alguna mención en este apartado.

En contadas negociaciones de convenios colectivos se recoge la movilidad producida por pérdida de aptitud por el trabajador para el desempeño de su trabajo, prefiriendo así el cambio de puesto a la extinción de la relación laboral que prevé el art. 52 a) y b) ET. En estos casos siempre se condiciona el cambio a que existan razones fundadas descritas en la propia negociación (falta de destreza, motivos de seguridad en las personas o instalaciones). De igual forma en supuestos especiales se introduce una especie de ‘bloqueo’ del salario que venía percibiendo el trabajador, impidiendo que sus retribuciones disminuyan aunque el trabajador sea asignado a la realización de tareas inferiores.

VII. REFLEXIÓN FINAL

El desarrollo de las mejoras de Seguridad Social fruto de la negociación colectiva depende del interés real que por parte de los agentes sociales se ponga sobre la importancia de este nivel, complementario e indispensable en la medida que el nivel público se haga, con el pasar del tiempo, más básico. Sin embargo, en España no ha despegado el necesario impulso de la acción complementaria colectiva en las empresas

¹⁶. Estamos muy lejos de una generalización de estos mecanismos complementarios de

¹⁶ Esta reflexión aparecía en la Recomendación 14ª de la Renovación de los Pactos de Toledo de 2003, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, el día 2 de octubre de 2003. Un análisis del mismo fue realizado en esta revista por DE LA VILLA DE LA SERNA D. y L.E., “La

la protección social. Y la tendencia que muestra el estudio continuado de la negociación colectiva permite afirmar que no hay interés real en introducir este segundo nivel, ni mucho menos en desarrollarlo. Los negociadores acostumbran a regular cuestiones atinentes a los trabajadores activos y, en menor medida, piensan en los pasivos (ni los actuales ni en los futuros). Parece coherente con ese tratamiento que de todas las mejoras complementarias de Seguridad Social que aborda la negociación colectiva la más desarrollada sea la relativa a la incapacidad temporal.

Quizá la única excepción está en las Administraciones Públicas, pero no en todas. Los mecanismos utilizados para introducir en la empresa un nivel complementario de la Seguridad Social son los descritos en las páginas anteriores. De todos ellos el menos establecido es aquel que ofrecería pensiones a los inactivos, mediante la correspondiente implantación de un plan de pensiones de empleo que puede ser de empresa o de promoción conjunta supraempresarial en un sector de actividad determinado y, en su caso, mediante los seguros colectivos de empresa.

Hemos de preguntarnos si la fortaleza con la cual se desenvuelve el nivel público de la Seguridad Social hace que no se piense en la puesta en marcha para el futuro del nivel complementario de empresa. De forma que, paradójicamente, el éxito de un Sistema público de Seguridad Social, capaz de cubrir prestaciones (aunque sean mínimas), funciona como un freno al desarrollo de la Seguridad Social complementaria colectiva, que si se implantará mejoraría sustancialmente el montante económico final que percibe el trabajador. Sin lugar a dudas en España falta una cultura de la protección complementaria que sí se encuentra más arraigada en otros países europeos.

Recientemente tanto la Declaración de Diálogo Social alcanzada en junio de 2004 como el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva del año 2005 recordaban que *“la previsión social complementaria es otra de las materias sometidas a negociación”*. De igual manera, el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva para 2007 dedica un apartado a previsión social complementaria, donde se pone de manifiesto la existencia de problemas que dificultan el desarrollo de este nivel por parte de la negociación colectiva ¹⁷. Sin embargo en esos pocos análisis no se llega a determinar cuáles son esos problemas, ni, por lo tanto, se fijan los criterios a seguir para superar los obstáculos detectados por los agentes sociales.

renovación del Pacto de Toledo”, portal jurídico <http://www.iustel.com>, *RGDTSS*, nº 4, noviembre 2003, pág. 11.

¹⁷ BOE 24 de febrero. También se introducen algunos criterios y orientaciones al respecto, pero centrados en la exigencia legal de la externalización de los compromisos por pensiones y dedicados a aquellos planes de pensiones que se vinculan a la jubilación, cuya regulación aparece reiterado en el RD 16/2005, de 30 de diciembre (que una vez más prorroga el plazo de adaptación más allá del 31 de diciembre de 2005 inicialmente establecido) y la OM 3433/2006 de 2 de noviembre .

Cuando se analiza, como venimos haciendo en las páginas precedentes, el nivel de atención que se dedica por los negociadores a la protección complementaria de la Seguridad Social y en particular de las incapacidades laborales que sufre el trabajador se concluye que las mesas negociadoras no dedican sus esfuerzos a esta cuestión. Pero esta afirmación deber ser necesariamente matizada, en primer lugar, por lo que respecta al subsidio de incapacidad temporal. En segundo lugar, hemos de señalar que es significativo el número de convenios colectivos que incorporan contratos de seguro para la cobertura de las incapacidades, en especial para el riesgo profesional ocasionado por accidente laboral. Menor es la relevancia que recibe el Plan de pensiones (hoy formulado a través de la figura de planes de pensiones del sistema de empleo) y en particular de aquéllos que se detienen en ofrecer una cobertura a las incapacidades laborales (por pequeña que fuera ésta). De lo antedicho podemos pensar que se prefiere la mejora de la protección social del activo (con todas y cada una de las particularidades que hemos visto para el complemento del subsidio público por incapacidad temporal), y en menor medida de quien tras el reconocimiento de una incapacidad permanente se desvinculará de la empresa, pensamiento que ya ha sido anticipado al lector en estas páginas. Por otro lado, en tercer y último lugar, hay una protección complementaria que se escapa a quien estudia la negociación colectiva pues en determinados sectores de actividad, con un número importante de empresas de dimensiones medias o grandes y normalmente de ámbito nacional, sí existe una previsión social complementaria pero la misma no se recoge en sus respectivos convenios colectivos sino en pactos efectuados *ad hoc*, relativos a la puesta en marcha de planes de pensiones a nivel de empresa.

Las instituciones europeas ya han marcado hace unos años las líneas de actuación para impulsar las prestaciones sociales de la empresa como un sustento más para el mantenimiento de niveles de protección deseables, capaces de otorgar al trabajador prestaciones sustitutorias, con independencia de que se arbitre a través de planes de pensiones o mediante seguros de vida o combinando ambas medidas. Las pensiones complementarias están destinadas a completar o a sustituir las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social para los mismos riesgos. En ellas se integran, además de las pensiones de jubilación, las prestaciones de invalidez y de supervivencia. En mayo de 1997 se aprobó el Libro Verde de la Comisión *sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único*¹⁸. A este documento han seguido otros informes posteriores que inciden en la idea de hacer sostenible el modelo público europeo de pensiones. De entre todos ellos destacan el Dictamen del Comité Económico y Social *sobre el mencionado Libro Verde Los sistemas complementarios de pensiones*

¹⁸ COM (97) 283 final, de 10 de junio.

en el mercado único¹⁹, la Comunicación de la Comisión *Hacia un mercado único de sistemas complementarios de pensiones* -Resultados de la consulta en torno al Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único²⁰- o el Informe conjunto de Comisión y Consejo *sobre la adecuación y la viabilidad de las pensiones*, de 10 de marzo de 2003 y también inciden en esta cuestión la Comunicación de la Comisión, de 13 de febrero de 2006, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Informe conjunto sobre protección social e inclusión social*²¹, o, en fin más cercano a nuestros días, la *Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2007* publicado como Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones²².

Aquellos documentos comunitarios también nos recuerdan que, habida cuenta de los problemas por los que aquél atraviesa en particular el envejecimiento de la población motivada por los importantes cambios demográficos de los últimos años junto con el descenso de la tasa de natalidad que ha ido acompañado de una elevación de la esperanza de vida y la reducción de la fuerza de trabajo (medida en relación al número de trabajadores activos por cada pensionista), es indispensable la participación de la empresa en el nivel complementario, instituido como segundo nivel de Seguridad Social. La participación de la empresa es así fomentada mediante la llamada a la puesta en marcha de los sistemas de ese segundo nivel o sistemas de pensiones de empleo.

La creación y consolidación de fondos de pensiones se ampara en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, *relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo*²³. En ella se recuerda que cuando se cree un régimen de pensiones, los empleadores y los trabajadores, o sus respectivos representantes, deben estudiar la posibilidad de que el régimen de pensiones incluya disposiciones para la cobertura del riesgo de vejez y de invalidez profesional, así como prestaciones para los supérstites dependientes. La importancia de este desarrollo es relativa en cada Estado Miembro, sin embargo en España es muy baja y se encuentra demasiado alejada de la media europea. Se trata de un factor más de divergencia con Europa.

¹⁹ Con aires ciertamente críticos para con aquel documento, DOCE serie C 73 de 9 de marzo de 1998, pág. 114.

²⁰ COM (99)134 final.

²¹ COM (2006) 62 final, DOUE serie C 67 de 18 de marzo de 2006.

²² COM (2007) 13 final, de 19 de enero de 2007.

²³ DOUE serie L 235 de 23 de septiembre de 2003.

Si analizamos el comportamiento de la negociación colectiva de los últimos años la única conclusión certera respecto a la Seguridad Social complementaria es su anquilosamiento. No hay una voluntad de incluir a las mejoras de Seguridad Social como un peldaño más de la protección social, ni tampoco una implicación de la empresa. Esta desdichada conclusión ha de extraerse para toda la Seguridad Social complementaria y, en particular, para aquella que se circunscribe a las incapacidades laborales que generan derecho a pensiones.