
LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

por:

Juan López Gandía

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad
Politécnica de Valencia

Índice:

I. INTRODUCCIÓN. LOS CONDICIONAMIENTOS DERIVADOS DE LA DIVERSIDAD DE ESTATUTOS PROFESIONALES Y DE RÉGIMENES DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS	2
II. LA NATURALEZA DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS	4
III. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS ANTES DEL EBEP	5
IV. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS TRAS EL EBEP	15

I. INTRODUCCIÓN. LOS CONDICIONAMIENTOS DERIVADOS DE LA DIVERSIDAD DE ESTATUTOS PROFESIONALES Y DE RÉGIMENES DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La protección social de los empleados públicos ha adquirido una excesiva complejidad y problematicidad a causa de la diversidad de regímenes de prestación de servicios presentes en las distintas Administraciones públicas (funcionarial, estatutario y laboral) e incluso de especialidades dentro de algunos de ellos, así como por la diversidad de regímenes de protección social que vienen a regular estas situaciones laborales en función de cómo se ha ido configurando históricamente la Seguridad Social de los empleados públicos, por lo que hay que distinguir entre los incluidos en régimen general y los incluidos en los diversos regímenes especiales propios.

La protección social de las diversas clases de personal que presta sus servicios en las diferentes Administraciones Públicas se ha caracterizado, tradicionalmente, por su fragmentación. Esto es, por una regulación diversificada en función del régimen de Seguridad Social en que se ha producido el encuadramiento de cada uno de ellos, con sus propias tradiciones jurídicas y con una regulación y financiación separada. Cuando hablamos de regímenes de Seguridad Social nos referimos, por aproximación, a los dos grandes implicados: los **Regímenes periféricos y casi especiales de los funcionarios públicos** (MUFACE, MUGEJU e ISFAS) y **el Régimen General cuya regulación, en principio, sería la propia o común de los trabajadores por cuenta ajena** de la industria y los servicios. Ello no obstante existe la tendencia a que converjan en el Régimen General colectivos propios de otros Regímenes Especiales, tales como los agrarios y probablemente los empleados de hogar, como se deriva de los recientes acuerdos en materia de Seguridad Social de julio de 2006. **Ese proceso de convergencia se contempla también respecto de los Regímenes Especiales de funcionarios**, por ejemplo, mediante la DA 7ª y 8ª de la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* en aspectos concretos de la jubilación, o a través de la DA. 62ª de la *Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009*, en materia de armonización de Regímenes de los Funcionarios Públicos.

Tradicionalmente, la protección social de los funcionarios públicos (los mecanismos del Régimen del Mutualismo y el Régimen de Clases Pasivas del Estado, cada uno de ellos con regulación, financiación, gestión y prestaciones específicas) ha constituido un mundo aparte en relación tanto a los trabajadores del sector privado como a los demás funcionarios públicos que desde los años ochenta se han ido integrando en el Régimen General de la Seguridad Social. Así sucedió con los funcionarios al servicio de la Administración Local que, mediante el *Real Decreto 480/1993*, se integraron en el Régimen General de la Seguridad Social. Y lo mismo ocurrió con los funcionarios autonómicos y con otros colectivos de personal funcionario, como el personal estatutario, los funcionarios

de la Seguridad Social o de algunos organismos autónomos, y los propios trabajadores del sector público.

Los Regímenes Especiales del personal funcionario, sin embargo, sí que han entrado junto con los demás empleados públicos en otro de los puntos clave del debate sobre el modelo futuro de protección social, como es el papel de los sistemas privados de pensiones y de la tendencia hacia modelos mixtos de protección social.

En cambio, en relación con las diferentes reformas que han afectado el sistema de Seguridad Social respecto a algunas de sus prestaciones, así como la adopción de medidas de protección social para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar (maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, prestaciones familiares y, en ciertos aspectos, incapacidad temporal, entre otras), los regímenes de funcionarios sí han sido considerados como un régimen especial más. Para ello no se ha utilizado la vía de la DA 8ª o la 11ª bis LGSS, sino que se han elaborado normas propias, lo que confirmaría su carácter de regímenes especiales “periféricos” del sistema.

La fragmentación, sin embargo, no se produce sólo por la diversidad de regímenes de protección social, tal y como se han ido configurando históricamente, **sino también dentro de un mismo régimen**. Así, en el Régimen General, hemos de diferenciar una diversidad de estatutos y regulaciones del personal funcionario ordenadoras de las condiciones de trabajo y de otros aspectos profesionales que afectan a aspectos claves de la protección social. Así, ha influido de manera importante la presencia de una regulación no contractual, sino administrativa o estatutaria, en el caso de funcionarios, y de una regulación contractual en el caso de personal laboral, tanto desde la perspectiva individual como colectiva. **Estas diversas formas de regulación, en muchos casos juegan un papel importante a la hora de configurar aspectos con repercusión en materia de seguridad social pública.**

Y es que, en ocasiones, la normativa *profesional* funcional va por un lado, sin tener en cuenta sus implicaciones en el campo de la Seguridad Social, y la normativa de protección social por otro, sin tener en cuenta que en el Régimen General no sólo hay personal laboral sino también personal funcionario; cuando se extiende el Régimen General de Seguridad Social al personal funcionario no siempre se es consciente de que hay que hacerlo con todas las consecuencias jurídicas derivadas de la propia LGSS, lo que no siempre ocurre, bien sea por el desconocimiento de la verdadera naturaleza de las instituciones de la Seguridad Social por parte de los operadores jurídicos que proceden *del mundo de lo contencioso-administrativo*, o por el olvido o la ley “mal hecha” llevada a cabo por el legislador de la Seguridad Social.

En efecto, a la hora de regular determinados aspectos la normativa de Seguridad Social, el legislador toma como punto de referencia las relaciones laborales, esto es contractuales, sin tener en cuenta de manera adecuada, o inclusive olvidándose, de que en el Régimen General de la Seguridad social se encuentra

también integrado personal sin una relación laboral, sino estatutaria o funcionarial.

Esto se observa de manera especial en la regulación de determinadas instituciones que en los últimos años han contribuido a reformar de manera importante el modelo de protección social, como la introducción de la parcialidad en diversas prestaciones (maternidad, jubilación); las relaciones entre pensión y trabajo; la forma de concebir la incapacidad permanente; las diversas formas de jubilación; o la propia configuración de la incapacidad temporal.

Todo esto ha resultado frecuentemente ignorado en la normativa funcionarial hasta la elaboración del EBEP, que en este punto ha supuesto una cierta novedad. Sin embargo, se ha elaborado al margen y sin la debida coordinación con la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*.

II. LA NATURALEZA DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

Uno de los ejemplos más importantes de lo que venimos afirmando lo constituye la institución de las llamadas mejoras voluntarias de la Seguridad Social, de gran tradición histórica en los regímenes de Seguridad Social de los trabajadores del sector privado y que actualmente forma parte de la llamada previsión social complementaria, que podría encontrar su base constitucional en el art. 41 CE (“la asistencia y prestaciones complementarias serán libres”).

Su razón de ser se halla en el hecho de que la protección social pública básica obligatoria no viene a cubrir totalmente los daños sufridos por las contingencias protegidas, lo que permite el establecimiento libre o voluntario de una cobertura complementaria a través de la autonomía individual o colectiva. Se trata de previsión social complementaria, y no de mecanismos retributivos o salariales, porque adquieren un carácter fundamentalmente colectivo próximo a otras figuras, como los servicios sociales colectivos o las prestaciones no individualizadas. Por otro lado, adoptan formas diversas que van desde las mejoras directas de las prestaciones a la suscripción de pólizas de seguros a través de las mutualidades o de planes y fondos de pensiones. En ambos casos con distinto tratamiento jurídico pues, a diferencia de las mejoras directas, la suscripción de pólizas de seguros conlleva la obligación de la externalización de compromisos de pensiones (tras la *Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de Planes y Fondos de Pensiones* y abundante normativa posterior).

Es más, **el carácter íntimamente relacionado con la propia Seguridad Social de las mejoras directas y de la suscripción de pólizas de seguros de carácter colectivo ha sido subrayado ampliamente por la jurisprudencia, además de contemplarse en los arts. 39 y 191 LGSS y en la Orden de 28 de diciembre de 1966, pues su objeto es otorgar prestaciones de Seguridad Social que complementen la acción protectora otorgada por el sistema público**

obligatorio (STC 206/1997). La jurisprudencia ha recurrido en numerosas ocasiones a una interpretación pública de las propias mejoras aplicando los conceptos de la Seguridad Social básica (concepto de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, concepto y grados de incapacidad permanente, ubicación temporal del hecho causante, etc.). Es decir, en los casos en que la mejora voluntaria no haya sido objeto de una regulación específica y clara o cuando la regulación o terminología o finalidad sea oscura, se recurre supletoriamente a las normas legales de la Seguridad Social obligatoria.

Las mejoras voluntarias, por tanto, en ningún caso pueden considerarse salario (STS de 11 de mayo de 2004, RJ 4580) ni gozan de sus garantías, ni de sus efectos contractuales o profesionales. Además, quedan excluidas de la base de cotización de la Seguridad Social (art.109.2, letra f LGSS y art. 23 del *Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social*). En efecto, las mejoras voluntarias no tienen la consideración de retribución o salario: el propio art. 26 ET considera a las mejoras voluntarias como percepciones extrasalariales. En el mismo sentido, el art. 109.2 LGSS excluye a las mejoras voluntarias de las correspondientes bases de cotización. **Precisamente por ello se perciben cuando el contrato está suspendido o incluso se ha extinguido. De esta forma, aún cuando tengan su causa en el contrato de trabajo, no retribuyen una prestación de servicios.**

La previsión social complementaria tiene como objeto y fundamento la protección de ciertas necesidades sociales. Por lo tanto, deben considerarse prestaciones de acción social o asistencial empresarial, de carácter voluntario, vinculadas en sus orígenes a la relación laboral, pero extensibles a otros sujetos incluidos en el campo del Régimen General de la Seguridad Social con la finalidad de complementar la acción protectora otorgada por el sistema de Seguridad Social.

III. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS ANTES DEL EBEP

Por todo ello, **sorprende que se haya discutido la posibilidad de fijar complementos de las prestaciones por incapacidad temporal o pólizas de seguro para mejorar las prestaciones obligatorias a través de la negociación colectiva, del personal laboral y del personal funcionario.**

Aunque la cuestión ha sido tratada por las sentencias de los Tribunales con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, los prejuicios pueden seguir existiendo aun tras la aprobación del referido Estatuto, por lo que conviene detenerse en esta doctrina judicial, haciendo particular mención a la jurisdicción competente y a la STS de 25 de enero de 2005.

Orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias surgidas en materia de mejoras voluntarias

La cuestión no se limita sólo a su viabilidad jurídica sino que viene condicionada por cuestiones de índole jurisdiccional, pues **se ha planteado si el orden social es el competente para el conocimiento de los litigios sobre las mejoras voluntarias por su vinculación con la Seguridad Social básica u obligatoria**, (materia respecto de la cual sí es competente la jurisdicción social aún cuando se trate de empleados públicos, por el hecho de estar integrados en el Régimen General), **o si resulta competente la jurisdicción contencioso-administrativa**.

La doctrina científica, en lugar de proceder a una interpretación teleológica del art. 2 c) del *Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de procedimiento Laboral*, se ha ceñido en exceso a su tenor literal. El citado artículo establece que será competente la jurisdicción social para conocer de “la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguros, siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo”. **De acuerdo con su literalidad**, pese a que su virtualidad es meramente declarativa o aclaratoria, **se ha reducido la expresión “convenio colectivo” al propio de los trabajadores sin extenderlo a las mejoras que derivaran de los acuerdos colectivos de los funcionarios públicos¹**, respecto de los cuales se trataría, más que de mejoras propiamente dichas, de una regulación de las “condiciones de empleo”. **Se argumenta, además que los arts. 191 a 103 LGSS sólo mencionarían a las “empresas”²**.

Esta interpretación conduce a la paradoja de que la jurisdicción social será la competente para conocer de los litigios que versen sobre las prestaciones de Seguridad Social básica y, en cambio, no lo será para conocer de los litigios que tengan por objeto la Seguridad Social o previsión social complementaria. En este sentido, alguna doctrina judicial aislada³, en supuestos de personal funcionario integrado en el Régimen General, como lo es el personal funcionario al servicio de la Administración Local tras el *Real Decreto 480/1993*, entiende que “no resulta razonable que quien tiene competencia jurisdiccional en el orden social para los litigios relativos a

¹ Acudiendo indirectamente a la STS de 27 de enero de 2005 (rec.318/2004), la mayoría de la doctrina judicial social se ha declarado incompetente desde los argumentos mencionados. Así los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la sentencia de 22 de mayo de 2007 (rec.3032/2006); de Andalucía/Sevilla, en la sentencia de 19 de enero de 2007 (AS.1198), si bien en un caso de funcionarios judiciales no integrados en el Régimen General de la Seguridad Social; de Castilla-La Mancha, en las sentencias de 19 de octubre de 2006 (As.3202) y 23 de mayo de 2006 (As.1922); de Extremadura, en la sentencia de 24 de mayo de 1995 (As.1816). El TSJ de Galicia, en la sentencia de 20 de marzo de 1997 (As.893) alegó, además, que se trataba de una póliza de seguro colectivo suscrita voluntariamente por la Guardia Civil, por lo que le negaba el carácter de mejora voluntaria al no correr a cargo de la Administración.

² STSJ de Murcia de 18 de octubre de 2000 (As.4261).

³ STSJ del País Vasco de 14 de junio de 2005 (As.2476) y 2 de julio de 1996.

cuestiones de Seguridad Social básica (...) no conozca asimismo la materia relativa a la protección social complementaria, siendo incoherente y asistemática la disociación de órdenes en materias ambas incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social”⁴.

En la mayoría de casos han sido pues los Tribunales del orden contencioso-administrativo los que han elaborado la doctrina sobre las mejoras en el ámbito de los funcionarios públicos y del personal estatutario. Y tal doctrina, además, ha sido claramente contraria al establecimiento, a través de la negociación colectiva, de las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal o de pólizas de seguros para otros supuestos, declarando la inaplicación de la correspondiente cláusula convencional, tanto en el caso del personal funcionario como del personal laboral⁵, basándose en una serie de argumentos, a mi juicio erróneos, y desconocedores de la verdadera naturaleza, no sólo de la institución de las mejoras voluntarias, sino también del propio derecho constitucional a la negociación colectiva y al principio de igualdad entre trabajadores del sector privado y de los empleados públicos.

Una vez integrado, en su mayoría, el personal funcionario en el Régimen General de la Seguridad Social, carece de fundamento tal desigualdad de trato.

La doctrina de la STS de 27 de enero de 2005

En ocasiones se ha citado alguna sentencia del Tribunal Supremo, como la de 27 de enero de 2005 (rec.318/2004), como la doctrina que vendría a negar las mejoras del personal funcionario, pero lo cierto es que el supuesto no se refiere propiamente a esta cuestión sino que se trata de una mejora -una póliza de seguro de accidente en el mar- que suscribió la Xunta de Galicia a favor de los tripulantes de embarcaciones, pero éstos no eran empleados de la Administración autonómica.

En primer lugar **la doctrina judicial se basa en la falacia de considerar que estos complementos contemplan, bajo distintos nombres, lo que no serían sino remuneraciones de empleados públicos** que incrementan el gasto público en retribuciones, cuando dicho incremento no es posible si ya se ha alcanzado el incremento máximo autorizado por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. **Se estaría, pues, encubriendo un complemento salarial que haría exceder el incremento legal de las retribuciones autorizado legalmente. Ya hemos señalado antes que no se consideran salarios o retribuciones ni integran la base de cotización.**

⁴ Así argumenta la STSJ del País Vasco, Sala Social, de 14 de junio de 2005 (As.2476), para declararse competente en la materia.

⁵ Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria, de 11 de octubre de 2001 (RJCA 1511); 27 de febrero de 2002 (RCJA 2002/515) y 8 de abril de 2002 (RJCA 2002/773); de Madrid, de 27 de abril de 2004 (Jur. 2004/224905); de Castilla-La Mancha, de 28 de febrero de 2005 (RCJA 2005/222); y de Galicia, de 16 de marzo de 2005 (RJCA 485).

Además, **se añadía que se vulneraban las disposiciones reguladoras de las licencias del personal funcionario** y, por lo tanto, que se contravenía lo dispuesto en el entonces vigente artículo 69.1 del *Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE)*⁶ y en la Disposición Final 2ª de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL)*.

También se alegaba una visión restrictiva del alcance de la negociación colectiva de del personal funcionario, en los términos contemplados en la *Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas (LORAP)*, por lo que **se le acababa negando a la propia Administración la facultad y la competencia para negociar sobre esta cuestión, pues el art. 32 LORAP no prestaría cobertura normativa a dicho aspecto** alegándose -ahora sí- que eran prestaciones complementarias de Seguridad Social que quedarían al margen del poder dispositivo de los ayuntamientos, al estar regulado el régimen de la Seguridad Social por normativa de rango legal y procedencia estatal o autonómica y ser el contenido de los derechos funcionariales de tipo estatutario y no mejorable por simple convenio.

Se acaba confundiendo la Seguridad Social obligatoria con la previsión social complementaria que, como se ha señalado, siempre tiene carácter libre y voluntario **y que**, por lo demás, **no es de competencia estatal más allá de la regulación básica** (ordenación del seguro) **pues los propios arts. 191 y 192 LGSS se refieren siempre al carácter voluntario derivado de decisión unilateral o de la negociación colectiva. La negociación colectiva de los empleados públicos (laborales y/o funcionariales) no vendría a crear normas, esto es a determinar un marco legal que ya estaría claramente perfilado en los artículos citados de la LGSS, sino a hacer efectivas las mejoras voluntarias, esto es, a ejercitar su facultad de autorregulación por la vía de la negociación colectiva.**

Ni siquiera con una interpretación retorcida de la LORAP podría llegarse a esa conclusión, pues respecto del personal laboral hubiera sido inconstitucional y respecto de los demás empleados públicos el art. 32 LORAP incluía las materias de Seguridad Social entre las propias de la negociación colectiva funcional, y la norma se refería a la negociación en todas las Administraciones Públicas, no siendo imaginable la negociación únicamente en el ámbito, por ejemplo, del Estado, como si se tratara de llevar a cabo un cambio legal en la materia, que era lo que acaba argumentando esta doctrina judicial para no autorizar a las Administraciones a introducir directamente los cambios a través de acuerdos con sus empleados.

⁶ Derogado por la Disposición Derogatoria 1ª de la *Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009*.

En consecuencia, y en contra del criterio defendido por algunas de las sentencias citadas, **estas mejoras voluntarias en ningún caso pueden pretender sustituir el Régimen de Seguridad Social ni constituyen, en consecuencia, una reforma de dicho régimen que deba ser negociada a nivel estatal, sino que su única finalidad, reconocida en tales términos por la propia LGSS, es complementar las prestaciones de la Seguridad Social obligatoria regulada ya y de manera exclusiva por el Estado (art. 149.1.17ª CE).**

No parece justificable el argumento de los Tribunales de que la negociación colectiva funcional no pueda mejorar lo dispuesto en la ley, pues va en contra de la propia idea de mejora voluntaria. Ello implicaría que las mejoras voluntarias no podrían negociarse colectivamente respecto de los funcionarios públicos cuando precisamente consisten en mejorar o complementar las prestaciones que la Ley prevé para aquellos como si de ese modo viniese a alterarse una especie de "reserva de ley" casi ilimitada interpretando de un modo abusivo el artículo 32.k) LORAP (en su referencia a la materia "asistencial"), dado que dicho precepto no podía extralimitarse en sus competencias y no podía amparar una mejora no permitida por el propio alcance que se atribuía a la negociación colectiva funcional.

Es cierto que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, y seguida por esta Sala en numerosas resoluciones (así sentencia de 1 de febrero de 1999, RJCA 1999, 3197), ha venido estableciendo que **los derechos reconocidos por las Leyes a los funcionarios públicos no tienen, como sí sucede en el caso de los trabajadores (utilizado este término en sentido jurídico estricto), carácter de mínimos mejorables**, sino de condiciones legales o reglamentarias fijas (reforzadas en muchas ocasiones por el carácter básico de la normativa) no alterables por medio de la negociación colectiva, sin perjuicio de que legalmente pueda establecerse la necesidad de la misma como requisito previo a la elaboración de las disposiciones de rango legal o reglamentario que regulen estas cuestiones. La negociación colectiva, en el ámbito de la función pública, necesariamente habría de acatar y cumplir lo ordenado en disposiciones con rango de Ley, pues, como recuerda la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de febrero de 1992 (RJ 1992, 988), «en el ámbito estatutario de este personal, del que forma parte dicha negociación colectiva, impera fundamentalmente el principio de reserva de Ley como proclama el art. 103.3 de la Constitución, debiéndose recordar que el preámbulo de la Ley 9/1987, de 1 de junio cita a este art. 103.3 como base amparadora de sus disposiciones (y no al art. 37 Constitución Española)...».⁷ Puede citarse también, en este sentido la STC 62/2001, de 1 de marzo (RTC 2001, 62). De este modo, la regulación de las condiciones de trabajo tiene que ser compatible con la regulación establecida en la materia, pues de otro modo sería ilegal.

⁷ En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7544); 5 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4315); 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8173); 4 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 1564); 21 de noviembre 1997 (RJ 1997, 8666); o 5 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 307), entre otras.

Es cierto que dado el componente estatutario que preside la relación de empleo público, a diferencia de la naturaleza privada de las relaciones laborales, las condiciones básicas de trabajo de los funcionarios son prefijadas unilateralmente, sin que éstos puedan, a priori, reformar los aspectos básicos o esenciales de su régimen estatutario a través de la negociación colectiva (Sentencias del TC 98/1985 de 29 de julio y 3/1994 de 17 de enero). En concreto, el Tribunal Supremo⁸ ha declarado que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permite que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación municipal o ámbito supramunicipal.

A ello cabe añadir que, aún siendo asumido lo negociado por la Administración, en este caso municipal, en todo supuesto ha de respetarse como mínimo el régimen estatutario básico de todos los funcionarios (art. 1.3 LMRFP, y demás preceptos de carácter básico contenidos en las leyes específicas) por su carácter indisponible e imperativo. Y con ello no puede afirmarse que se restrinja la autonomía local reconocida en el art. 140 CE, pues aquel límite indisponible e inquebrantable no puede soslayarse.

Para corroborar todo lo anterior, las sentencias del Tribunal Constitucional 25/1983, de 7 de abril, 99/1987 y 154/1988, de 21 de julio, declaran, lógicamente, que las Entidades Locales han de acatar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios públicos reguladas por el Estado, como competencia exclusiva de éste, de conformidad con el art. 149.1.18° CE, por lo que todo aquello que se integre en dicho régimen estatutario y ostente carácter básico debe ser respetado en los acuerdos que se adopten por la Corporación local. Como han argumentado, en esa misma línea, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo y 8 de noviembre de 2002 (RJ 2002 y 10314), «la Administración sólo puede negociar con los funcionarios aquellas materias entre las que ostente un título competencial aquilatado a los estrictos términos de la reserva de Ley que el artículo 103 CE comprende, por su clara alusión al Estatuto de los funcionarios públicos, ya que estamos en una materia competencia exclusiva del Estado, dentro de la legislación básica del mismo a tenor del artículo 149.1.18 CE, sin olvidar la intervención de las Comunidades Autónomas en aquellas materias transferidas a los órganos de las mismas».

⁸ Sentencias de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7544); 5 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4315); 16 de junio; 7 de noviembre y 4 de diciembre de 1995; 18 de noviembre de 1996, 3 y 10 de febrero, 30 de junio, 21 de noviembre, 5 y 22 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 315); 25 de junio de 1999 (RJ 1999, 5511); y 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8597).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo participa de este mismo criterio y así, en las sentencias de 5 de febrero (RJ 1991, 1172), 14 de junio (RJ 1991, 4999) y 19 de diciembre de 1991 (RJ 1992, 352) declara que las DA 4ª y 5ª del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local –TRRL– (que recogen, sustancialmente, las previsiones contenidas en la DA 7ª Y 8ª de la Ley 11/1960, de 12 de mayo, sobre creación de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local), prohíben que las Corporaciones Locales hagan aportaciones para fines de previsión de sus funcionarios. Esas disposiciones contemplan la posibilidad de que los funcionarios municipales puedan constituir una Entidad de Previsión de carácter voluntario, de conformidad con las disposiciones legales, siempre que las aportaciones y cuotas sean exclusivamente a su cargo. Añade que los arts. 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP) y 93 de la LBRL, impiden la creación de conceptos retributivos nuevos. Por ello, la LBRL (art. 93.3) ordena que las Corporaciones Locales reflejen anualmente en sus presupuestos la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios en los términos previstos en la legislación básica del Estado, sobre la función pública. Y como quiera que dichas Leyes (LMRFP y LBRL) fueran dictadas por el Estado en el ejercicio de su competencia exclusiva (art. 149.1.18 CE), resulta que todo lo referente a la retribución básica es de rigurosa observancia en todo el territorio del Estado. Y cualquier sistema de previsión no puede implicar la creación de una retribución básica diferente y contraria a la legislación estatal. Todo lo anterior, aparte de suponer que el abono de unas gratificaciones, no reconocidas como retribuciones en la LMRFP, implica una vulneración de la prohibición que afecta a las Corporaciones Locales en relación con la posibilidad de conceder subvenciones, gratificaciones, aportaciones o ayudas de cualquier género al margen de las propias del régimen de la Seguridad Social, de conformidad con lo que disponen los arts. 153 y 154 TRRL.

A juicio del TS, los complementos que se contemplaban, bajo distintas denominaciones, no eran sino remuneraciones encubiertas de empleados públicos que incrementaban el gasto público en retribuciones, cuando dicho incremento no era posible si ya se había alcanzado el incremento máximo autorizado por la correspondiente Ley de Presupuestos y no auténticas mejoras voluntarias. Se estaría, pues, encubriendo un complemento salarial que haría exceder el incremento legal de las retribuciones autorizado legalmente.

En otros casos la cuestión se refería más bien a las disposiciones reguladoras de las licencias para los funcionarios de la Administración General del Estado y, por lo tanto, se contravenía lo dispuesto en el entonces vigente artículo 69.1 LFCE y la DF 2ª LBRL, de manera que un ayuntamiento carecía de competencia para negociar sobre esta cuestión, por lo que el art. 32 LORAP no prestaba cobertura normativa a dicho aspecto.

Sin embargo, **ese criterio unánime se rompió en algún caso aislado⁹ en el que se declaraba la validez de los complementos de la prestación por incapacidad temporal** y, con destacable y acertada argumentación, se alegaba que no se trataba de retribuciones en especie distintas de las previstas en el art. 23 LMRFP y que no era posible interpretar la DA 7^a de la Ley 11/1960 de manera tal que prohibiera toda actuación de las corporaciones locales en las materias de Seguridad Social y Asistencia Social de su personal funcionario y obrero de plantilla, olvidándose de los importantes cambios normativos producidos en los últimos cuarenta años. Entre ellos, la DF 2^a LBRL, el art. 192 LGSS, los arts. 69.1 y 67 LFCE y otros que pudieran añadirse como la DA 21^a LMRFP. Y la propia Constitución.

En definitiva, **conforme al criterio defendido por esta sentencia, los ayuntamientos podían negociar y aprobar mejoras voluntarias al amparo de lo dispuesto en el art. 192 y siguientes de la LGSS, sin que las mismas, en consecuencia, pudiesen ser consideradas como retribuciones sino como prestaciones complementarias de Seguridad Social.**

La sentencia venía a recordar que en el Derecho español posterior a la Constitución, la negociación colectiva juega un amplio papel en la determinación de las condiciones de trabajo y empleo. En concreto, cuando el empleador es una Corporación Local (u otra Entidad Pública de base territorial) dicho papel es distinto según se trate de la determinación de las condiciones del personal laboral o del personal funcionario. En relación con el personal laboral el papel de la negociación colectiva es más amplio, desarrollándose ésta, básicamente, según las previsiones del Derecho del Trabajo (arts. 82 y siguientes del. ET) si bien la Ley, y no sólo por medidas de contención del gasto público, establece limitaciones y condiciones específicas derivadas de la naturaleza pública del empleador. Y en relación con el personal funcional dichas limitaciones y condiciones son notoriamente más importantes pero no obstan a la existencia, tras la LORAP, de un derecho a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de amplio contenido pues «el objeto de la negociación comprende todos los aspectos del estatuto funcional: tras una larga enumeración de materias concretas que no es necesario reproducir aquí (...) el art. 32.j) (...) incluye en dicho objeto todas aquellas materias que afecten, de algún modo al acceso a la función pública, carrera administrativa, retribuciones y seguridad social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios y cuya regulación exija norma con rango de ley».

Es claro, y la propia norma lo señala, que la negociación lo es con relación a las competencias de cada Administración Pública y que en ella se han de tener en cuenta las condiciones y límites establecidos por la ley, pero no es dable hacer una interpretación tan extensiva de éstos que prácticamente se anule la posibilidad misma de la negociación colectiva, al dejarla prácticamente sin objeto.

⁹ STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cantabria de 8 de abril de 2002 (RJCA 2002/773).

En efecto, los arts. 93 LBRL, y 153 y 154 TRRL no permiten concluir que todo gasto en materia de personal sea una retribución.

No es solamente que las normas se hayan de interpretar conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, sino que en su aplicación se ha de tener en cuenta lo establecido en normas posteriores de igual rango reglamentario o de superior rango que, de conformidad con el principio de autonomía de los municipios, permiten a los ayuntamientos, bien por propia iniciativa, bien tras negociación con sus empleados, el establecimiento de las mejoras voluntarias previstas en el art. 192 LGSS; pues ninguna condición, término o plazo se establece respecto de su aplicación al personal funcionario ni, por último, tampoco la regulación impugnada infringe lo establecido en la Ley de Presupuestos u otras normas de rango de ley.

Es más, ni siquiera se produciría un aumento salarial ya que, a diferencia del Régimen de la MUFACE (arts. 19 a 21 *Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado*), en el cual la Administración, en una especie de “mejora voluntaria legal”, sigue durante 90 días abonando los salarios, cuando nos referimos a los empleados públicos integrados en el Régimen General de la Seguridad Social éstos no perciben la totalidad de la prestación de IT de la retribución abonada por la Administración, por lo que durante los citados periodos se produciría un ahorro del gasto de las Administraciones empleadoras siendo la mejora una leve y reducida compensación del 40 %, normalmente aplicada respecto del 25 % de la base reguladora. Lo cual crea un agravio comparativo entre el propio colectivo de funcionarios, en el supuesto específico de la prestación por incapacidad temporal. En efecto, **pues resulta que los funcionarios incluidos en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, durante los primeros tres meses, precisamente como mejora, si bien en este caso legal, disfrutan de la plenitud de derechos económicos, esto es el 100% de la retribución, mientras que a los empleados públicos dependientes de administraciones públicas sujetos al Régimen General de la Seguridad Social no se les reconoce esa mejora legal, ni se les permitiría mejorar la prestación en la negociación colectiva.** Y ni uno ni otro colectivo podrían mejorar la prestación más allá de la citada regulación. Lo que además no encaja con la finalidad del propio EBEP de facilitar una negociación colectiva conjunta de funcionarios y laborales (art. 36.3 y art.38.8 EBEP). Cuando se trate de personal funcionario de la Administración Local existe la licencia por enfermedad, como derecho reconocido en su régimen estatutario, cuya regulación venía recogida en el artículo 69 LFCE y de aplicación supletoria para los funcionarios de la Administración Local. Todo ello, según artículo 142 TRRL.

De este modo, es fácilmente observable que **la doctrina judicial “negacionista” parte de una negativa apriorística y luego busca la justificación, unas veces diciendo que la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias son sueldos o retribuciones, y otras que son prestaciones complementarias de la Seguridad Social, para cuya negociación las entidades locales no tendrían**

competencia, al requerirse una negociación a nivel superior sobre posibles cambios en el Régimen de Seguridad Social aplicable a los funcionarios públicos; **o finalmente señalan que este tipo de prestaciones complementarias estarían sujetas a los topes del gasto público, cuando en realidad éste sólo va referido a la masa salarial** en la que no se encuentran las mejoras de previsión social sino sólo la aportación de los trabajadores a los planes de pensiones.

Además, cabría eventualmente acudir a un argumento final de que el límite presupuestario no es aplicable a estas mejoras voluntarias, tomando nota de lo que establece el art. 22 de la *Ley 2/2008 de 23 de diciembre* que regula las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público, pues en su apartado dos se dispone que:

“Con efectos de 1 de enero del año 2009, las retribuciones del personal al servicio del sector público incluidas, en su caso, las diferidas y las que en concepto de pagas extraordinarias correspondieran en aplicación del artículo 21.Tres de la Ley 42/2006, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, en los términos de lo recogido en el apartado Dos del artículo 22 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008, no podrán experimentar un incremento global superior al 2 por ciento con respecto a las del año 2008, en términos de homogeneidad para los dos periodos de la comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.”

Posteriormente, el apartado tercero añade que

“adicionalmente a lo previsto en el apartado Dos de este mismo artículo, la masa salarial de los funcionarios en servicio activo a los que resulte de aplicación el régimen retributivo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en los términos de la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público o en las respectivas leyes de función pública que se dicten como consecuencia de dicha norma básica, así como la del resto del personal sometido a régimen administrativo y estatutario, experimentará un incremento del 1 por ciento, con el objeto de lograr, progresivamente, una acomodación de las retribuciones complementarias, excluidas aquéllas a las que se refieren los apartados c) y d) del artículo 24 de la Ley 7/2007, o la productividad y gratificaciones por servicios extraordinarios en caso de no haberse desarrollado dicha Ley, que permita su percepción en catorce pagas al año, doce ordinarias y dos adicionales, una en el mes de junio y otra en el de diciembre.

Asimismo, la masa salarial del personal laboral experimentará el incremento necesario para hacer posible la aplicación al mismo de una cuantía anual equivalente a la que resulte para los funcionarios públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior del presente apartado“.

Ahora bien, en cualquier caso, **lo más importante es que este apartado in fine declara expresamente que se excluyen de la masa salarial las prestaciones de Seguridad Social** (art.25), que hay que entender en un sentido amplio sin que quepa confusión alguna con lo que la ley llama “gastos de acción social devengados durante 2008”. Además únicamente se mencionan los aumentos correspondientes a la contribución individual al Plan de pensiones de la Administración General del Estado (art. 24.1.d) correspondiente al personal funcionario, toda vez que sí es una parte de sus retribuciones la que se detrae.

No hace falta ni siquiera encuadrar en tal concepto las mejoras voluntarias ya que no se pueden considerar como retribuciones, por lo que no es necesario recurrir a este apartado para autorizar las mejoras incluso aunque pudieran superar el límite de presupuestos, puesto que tal límite no es aplicable a tales mejoras.

IV. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS TRAS EL EBEP

Cabe preguntarse si la aprobación del EBEP y normas posteriores ha supuesto un cambio en el papel que pueden jugar las mejoras voluntarias en el marco de las Administraciones Públicas y en su claro reconocimiento jurídico, suponiendo que éste fuera necesario a través de una norma como el EBEP que en el fondo no deja de ser una regulación general profesional, no una regulación propia de Seguridad Social -aunque contemple preceptos importantes como la jubilación- o, al menos, de previsión social.

Ya he señalado más arriba que **en todo caso a mi juicio la normativa vigente aplicable sigue siendo lo dispuesto en los arts. 39, 191 y 192 LGSS, que regulan la figura de las mejoras voluntarias sin excluir, en ningún momento, el ámbito de las Administraciones Públicas**, máxime cuando, en la actualidad, la mayoría de los empleados públicos, y en especial el personal al servicio de las entidades locales y autonómica, está integrado en el marco del Régimen General de la Seguridad Social.

Tal régimen no viene alterado si no es a favor del reforzamiento de la admisibilidad de la negociación de las mejoras voluntarias tras el EBEP.

En su día el antiguo art. 67.1 LFCE señalaba que "el Estado facilitará a sus funcionarios adecuada asistencia social, fomentando la construcción de viviendas, residencias de verano, instalaciones deportivas, instituciones educativas, sociales, cooperativas y recreativas y cuando contribuya al mejoramiento de su nivel de vida, condiciones de trabajo y formación profesional y social", pero poco venía a añadir pues la mayoría de los funcionarios en su época estaban en los regímenes especiales.

Sin embargo, **mucho más explícito es el 37.1, letras e, g, e i del EBEP**, pues en primer lugar **considera objeto de negociación colectiva "los planes de Previsión Social Complementaria"**; en segundo lugar **califica como negociables colectivamente "los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas"**; y, en fin, en tercer lugar, **contempla entre las materias negociables "los criterios generales de acción social"**. A mayor abundamiento, y en otro orden de cosas, el EBEP tiende a aumentar las competencias de los ámbitos locales y autonómicos en otras materias que a veces se han alegado por las tesis "negacionistas". Tras el EBEP las posibilidades de negociación colectiva de estas materias en el ámbito local y autonómico se habrían incrementado tal como se prevé tanto en el art. 48 (permisos), como en el art. 24 (retribuciones complementarias).

Es verdad que el art. 37 es bastante deficiente y genérico en muchas de las formulaciones de las materias negociables, pues el legislador ha optado deliberadamente por fórmulas amplias que no limiten excesivamente las potestades de autoorganización (criterios generales, criterios y mecanismos generales, etc.), mientras que al referirse a las diversas formas de previsión complementaria combina formas muy genéricas de similar índole con otras muy precisas. Pese a ello, diferencia claramente lo que son "retribuciones" (letras, a, b y k) de lo que son prestaciones sociales, especialmente las complementarias (letra e). Así respecto de estas últimas, como se acaba de mencionar, el precepto habla de "planes de previsión social complementaria", de "criterios generales de acción social" y de "criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas". Partiendo de ello, **cabe diferenciar varios ámbitos de protección social:**

- El **obligatorio**, que se refiere a **"prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas"**, pues esta última expresión es muy precisa y la primera podría referirse al régimen general de la Seguridad Social y la segunda a los regímenes especiales de funcionarios.
- El **voluntario**, cuando el precepto habla de **"previsión social complementaria"**. Es cierto que la palabra *planes* podría inducir a cierta confusión y a hacer pensar que se refiriere tan sólo a una de sus modalidades, los *Planes y Fondos de pensiones* financiados con una parte de los aumentos salariales de los empleados públicos. Sin embargo, el concepto se abre al hablar de "previsión social complementaria". Es decir, no cabe entender que queden excluidas las mejoras voluntarias pues no se ve por qué no pueden también formar parte de *planes* de gestión de los recursos humanos. Por otra parte no parece defendible que venga a ser un precepto tan poco preciso y suficiente como para venir a derogar el arts. 191 y 192 de la LGSS y, sobre todo, para el personal laboral.

En efecto, si a la hora de interpretar el art. 37 entendemos que dichos planes podrían incluir las mejoras voluntarias, cabría afirmar que tras el EBEP sería plenamente válido, también para el personal funcionario, el que se negociase colectivamente dichas mejoras, dejándose atrás la posición mantenida hasta ahora -de forma casi unánime- por los Tribunales. Sin duda,

constituiría un paso adelante y se abriría un nuevo ámbito en el cual la negociación colectiva sería el cauce más adecuado para la puesta en práctica de las mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social y, de modo conjunto y común, para personal laboral y funcionarioal.

Por un lado, **respecto del personal laboral**, a mí entender, **para la negociación de mejoras voluntarias el único límite aplicable** -dado el amplio margen de negociación reconocido por la Constitución y por el propio ET- **sería el límite presupuestario. Sin embargo, ese límite sólo resultaría aplicable si considerásemos que tales figuras tienen la naturaleza de retribución, y ya se señaló que no revisten tal carácter.**

Respecto del **personal funcionario**, la situación es diferente. En primer lugar, por el vigente, y nuevo, marco jurídico tras la aprobación del EBEP. Y, en segundo lugar, porque dicho Estatuto no ha afectado el régimen jurídico de los arts. 191 y 192 LGSS, aplicable al personal funcionario.

La eventual y posible exigencia de que las mejoras voluntarias del personal funcionario se fijen por convenio colectivo se cumpliría a través de lo previsto en el art. 37 EBEP, lo que debería llevar, a su vez, a un cambio de competencia jurisdiccional, esto es, a que fuera competente respecto a esta materia la jurisdicción social y no la contencioso-administrativa, interpretando la expresión *convenio colectivo* del art. 192 LGSS en un sentido amplio, teleológico, como ya ha hecho alguna doctrina judicial.

En definitiva, **conforme al criterio que aquí se defiende, las Administraciones autonómicas y locales, en ámbitos municipales o supramunicipales, podrían y pueden crear mejoras voluntarias al amparo de lo dispuesto en el art. 192 LGSS y siguientes, sin que las mismas, en consecuencia, puedan ser consideradas como retribuciones, sino como prestaciones complementarias de Seguridad Social reguladas por los arts 39, 191 y 192 LGSS. Preceptos que no excluyen, en ningún momento, el ámbito de las Administraciones Públicas, máxime cuando, en la actualidad, el personal al servicio de las entidades locales y autonómicas está integrado en el marco del Régimen General de la Seguridad Social.**