

“LA LEY 27/2011 Y ALGUNOS ASPECTOS INESPERADOS SOBRE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA: MÁS LUCES QUE SOMBRAS”

BORJA SUÁREZ CORUJO*

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PACTO DE TOLEDO DE 2011 COMO PUNTO DE PARTIDA. III. LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LA LEY 27/2011 EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA. 1. La previsión de un estudio sobre el desarrollo de la previsión social complementaria. 2. El refuerzo de los derechos de información y participación en los sistemas de protección social complementaria. 2.1. La obligación de información en los “instrumentos de carácter complementario o alternativo”. 2.2. La información sobre las políticas de inversión de los fondos de pensiones: un asunto de relevancia creciente. 2.3. El necesario ajuste constitucional del método de designación de la comisión de control de los planes de pensiones. 3. La extensión de la acción protectora de las mutualidades de previsión social alternativa. 4. La mejora de la articulación de los mecanismos privados de atención a la dependencia.

I. INTRODUCCIÓN

Una distinción ya clásica en la doctrina identifica dentro del sistema español de protección social dos esferas, la pública y la privada¹. En la primera, la pieza más relevante es el sistema de Seguridad Social que cuenta como *alter ego* en el ámbito privado con lo que viene a denominarse protección o previsión social complementaria (o voluntaria). Aunque inicialmente se previeron cauces que favorecían la interconexión de los mecanismos públicos y de los privados –se piensa en la regulación de las mejoras voluntarias ya contenida en la Ley de Bases de la Seguridad Social–, lo cierto es que su desarrollo se ha producido en paralelo, con escasa integración, lo que seguramente es consecuencia de una configuración legal de los instrumentos privados de protección social escorada hacia los mecanismos de ahorro antes que a auténticos instrumentos de protección social.

Pese a todo, el peso y la relevancia de la protección social complementaria en el conjunto del sistema de protección social – y, por extensión, en el de Seguridad Social – es creciente, lo que se refleja en que la última actuación legislativa de entidad, la *Ley 27/2011, 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, dedique hasta siete disposiciones (tres adicionales y cuatro finales) a este ámbito privado de la protección social.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ Véase: ALARCÓN CARACUEL, M. R. “Hacia el Derecho de la protección social”, en: AA. VV. (coord. J. LÓPEZ LÓPEZ) *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 11 ss.; DE LA VILLA GIL, L. E. “El modelo constitucional de protección social”, en: AA. VV. *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 67 ss.

Se trata, sin duda, de una novedad que merece debe ser destacada. Y es que ninguna de las anteriores reformas globales del sistema de Seguridad Social – 1985, 1997, y 2007²– contenía previsiones en esta materia a pesar de su (supuesta) estrecha vinculación, por su carácter complementario, con la acción protectora pública. Esta carencia es aún más llamativa cuando se repara en que, por contraste, (casi) todos los acuerdos políticos y sociales suscritos en las últimas dos décadas sí prestaron atención a los sistemas complementarios, siempre con un contenido muy similar³. Lógicamente la última –tercera– versión del Pacto de Toledo de 2011 se ocupa de esta materia a la que dedica una de sus recomendaciones.

II. EL PACTO DE TOLEDO DE 2011 COMO PUNTO DE PARTIDA.

Como había sucedido en las anteriores “versiones” del Pacto de Toledo, entre las recomendaciones recogidas en 2011 se incluye una, la decimosexta, dedicada a los “Sistemas complementarios”, una materia a la que también se refiere como “protección social voluntaria” o “previsión social complementaria”. Su contenido, más extenso y rico –aunque igual de poco sistemático– que en las versiones anteriores de 1995 y 2003, parte del reconocimiento del insuficiente desarrollo de los sistemas complementarios en nuestro país y de la correlativa necesidad de impulsarla como complemento al conjunto de prestaciones sociales públicas, garantizando su “neutralidad” –fiscal, se entiende– y potenciando su instrumentación en el marco de la negociación colectiva a través, principalmente, de los planes de pensiones del sistema de empleo.

Junto a ello, y como novedad, la mencionada Recomendación 16^a incorpora cuatro asuntos adicionales, de importancia relativa, pero que en conjunto parecen reflejar una mayor conciencia de las lagunas y debilidades que han caracterizado, y todavía caracterizan, el régimen jurídico de los instrumentos de protección social complementaria en nuestro país.

El primero de ellos tiene que ver con el tratamiento tributario de este tipo de mecanismos. En concreto, sugiere tres medidas: una, la mejora directa del tratamiento fiscal de las aportaciones a los planes de pensiones del sistema de empleo, planteando en particular el establecimiento de nuevos estímulos

² Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social; Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social; y Ley 40/2007, 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Tampoco otras parciales como la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, o la Ley 52/2003, 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

³ Pacto de Toledo de 1995, 2003 y 2011; Acuerdo sobre *la mejora y el desarrollo del sistema de protección social* (2001); *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social* (2006). Paradójicamente, el único acuerdo que no incluyó referencias a esta materia de protección social complementaria fue el último, que es precisamente el que inspira de forma directa la Ley 27/2011: el denominado *Acuerdo Social y Económico*, de 2 de febrero de 2011, suscrito por el Gobierno (presidido entonces por Rodríguez Zapatero) y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT).

fiscales en la regulación del impuesto de sociedades. Otra –interesante desde una perspectiva de género–, la articulación de fórmulas que hagan posible que las personas (mujeres, generalmente) con menores ingresos puedan beneficiarse de las aportaciones de sus cónyuges o parejas. Y, por último, un tratamiento especial para las aportaciones dirigidas a la cobertura de las situaciones de dependencia, eximiéndolas del límite según el cual dichas aportaciones no pueden recibir un trato fiscal más favorable que el que reciben las cotizaciones sociales.

Como segundo aspecto novedoso, se plantea la conveniencia de impulsar fórmulas de protección social complementaria diseñadas específicamente para los trabajadores autónomos y empresarios individuales. La Recomendación apuesta, en concreto, por la promoción de planes de pensiones o planes de previsión asegurada⁴ que contemplen, como singularidad, dos supuestos adicionales de “rescate” (esto es, disposición anticipada) ante la concurrencia de dificultades económicas: el “... cese de la actividad o la existencia de pérdidas durante un determinado periodo de tiempo”.

En tercer lugar, y en línea con lo establecido en la Recomendación 7ª respecto de la información a los cotizantes del sistema de Seguridad Social, la Comisión del Pacto de Toledo insta a mejorar los sistemas de información a los partícipes y beneficiarios de este tipo de mecanismos de protección complementaria, incidiendo en aspectos formales –información más personalizada y sencilla– y de contenido. En relación con este último, no sólo se alude a un conocimiento exacto y periódico de los derechos consolidados (en terminología de planes de pensiones), sino también a un asunto con más relevancia de la que aparenta cual es el relativo a los gastos asociados derivados de la gestión. En cambio, se echa en falta una alusión a la información sobre los hipotéticos derechos que podrían generarse de cara a la jubilación, tal y como se prevé para el sistema público en la mencionada Recomendación 7ª que tiene plasmación en la Ley (D.A. 26ª LAAMSS).

Y la cuarta materia novedosa es la relativa a las mutualidades de previsión social, cuyo desarrollo se considera necesario para la extensión de la previsión social en determinados ámbitos empresariales y profesionales. Más allá de esto, la Recomendación 16ª se limita a subrayar que se trata de instrumentos diferenciados del sistema público, pero que deben ser articulados “... en colaboración...” con él.

A la vista del contenido de esta Recomendación 16ª del Pacto de Toledo, es evidente que la mayor parte de las previsiones en materia de protección social complementaria recogidas en la Ley 27/2011 están fuertemente inspiradas por aquella. En general, cabe considerar que todas ellas – quizá con la excepción de la Disposición Final 3ª relativa a la designación de los miembros de la comisión de control de los planes de pensiones – pueden ser de algún modo reconducidas aquí, en la medida en que contribuyen a reforzar la articulación

⁴ Artículo 51.3 de la *Ley 35/2006 Ley 35/2006, 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.*

de los instrumentos de protección social complementaria. Pero además hay cuatro disposiciones concretas en la Ley 27/2011 que, como tendremos ocasión de comprobar, se inspiran directamente en lo previsto en esta Recomendación del Pacto de Toledo: las Disposiciones Adicionales 19ª (Estudio sobre el desarrollo de la previsión social complementaria), 26ª (obligaciones y derecho a la información), 46ª (mutualidades de previsión social alternativas al RETA) y la Disposición Final 9ª (tratamiento fiscal de los seguros colectivos de dependencia).

III. LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LA LEY 27/2011 EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA.

Es indudable que la protección social complementaria no forma parte del contenido central de una iniciativa normativa de tanta trascendencia como la Ley 27/2011. De hecho, el Proyecto de Ley inicial aprobado por el Gobierno⁵ no contenía ninguna referencia a aspectos de esta naturaleza; todos ellos fueron introducidos durante su tramitación parlamentaria, siempre a instancia del Grupo Socialista o, en menor medida, de CiU. Esto explica seguramente la ausencia de un apartado específico dentro de la norma dedicado a esta materia; aunque no justifica que las siete disposiciones que abordan cuestiones sobre esta materia se encuentren diseminadas a lo largo del texto normativo.

En todo caso, y dejando a un lado la previsión de un estudio sobre el desarrollo de la previsión social complementaria (ver epígrafe 1.), resulta esclarecedor a efectos expositivos hacer un esfuerzo de sistematización del que resulta la agrupación de estas disposiciones en tres grandes bloques, cada uno de los cuales responde a un objetivo concreto: el refuerzo de los derechos de información y participación en los sistemas de protección social complementaria (2.); la extensión de la acción protectora de las mutualidades de previsión social alternativa (3.); y la mejora de la articulación de los mecanismos privados de atención a la dependencia (4.).

En todo caso, cabe hacer dos consideraciones previas de carácter general. De un lado, se aprecia –y debe valorarse positivamente– un mayor rigor y exigencia en la delimitación y caracterización de los mecanismos que integran la protección social complementaria. Ello supone, de otro, un reconocimiento de la imbricación de estas iniciativas de origen privado en el conjunto del sistema de protección social; hasta el punto que de algún modo puede decirse que ese –tímido, pero cierto– perfeccionamiento de la acción protectora privada es resultado de un proceso de “ósmosis” respecto del más garantista sistema público de Seguridad Social.

1. La previsión de un estudio sobre el desarrollo de la previsión social complementaria.

⁵ BOCG (Congreso), Serie A, 1 de abril de 2011
(http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_120-01.PDF)

Es una práctica legislativa cada vez más frecuente la inclusión de disposiciones que carecen de valor normativo y que más bien responden al modelo de “proposición no de ley” en cuanto instrumento de control parlamentario de la acción del Gobierno. La Ley 27/2011 abunda en este tipo de disposiciones, lo que sin duda agrava una, ya de por sí, deficiente técnica normativa.

Sea como fuere, la D.A. 19ª insta al Gobierno a elaborar, para su posterior remisión al Congreso, un informe sobre la previsión social complementaria en España del que apenas se realiza ninguna indicación más: sólo se especifica que el plazo de realización es de seis meses –a contar desde su entrada en vigor, 1 de enero de 2013– y que debe versar sobre dos aspectos: su grado de desarrollo y las medidas que podrían adoptarse para su impulso.

Son muchas las consideraciones que pueden hacerse sobre el presente y el futuro de la protección social complementaria en España⁶. Aunque no es éste el objeto de este trabajo, sí quisiera al menos hacer alguna breve consideración al respecto.

Es un lugar común decir que el desarrollo de los mecanismos de protección social complementaria en España es insuficiente en términos comparados⁷. En lo que apenas se insiste es que ello se explica, en buena medida, por la “generosidad” del sistema público de pensiones⁸. Un factor al que se une la dificultad de penetración de este tipo de instrumentos en la negociación colectiva –que se agravará sin duda tras el “zarpazo” sufrido por ésta en el *Real Decreto-ley 3/2012, 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*–, lo que en parte puede deberse a un inadecuado marco normativo para su articulación en el ámbito sectorial, pero que responde sobre todo a las características propias del tejido productivo español.

Igualmente es necesario llamar la atención sobre las fuertes pérdidas que han sufrido los mecanismos privados de protección social desde el estallido de la crisis⁹. Ha quedado demostrado que los sistemas públicos – que lógicamente también tienen otros problemas – cuentan con una mayor capacidad para hacer frente a este tipo de situaciones, lo que no sólo tiene implicaciones

⁶ Véase: MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Planes y Fondos de pensiones: propuestas de reforma*, Documento de Trabajo (Fundación Alternativas), nº 137/2008.

⁷ El patrimonio de los fondos de pensiones en España representa el 8,1 por 100 del PIB, frente al 67 por 100 de media entre los miembros de la OCDE. Claro que países como Alemania o Francia están incluso por debajo de España (*Pensions at a Glance 2011: Retirement Income Systems in OECD and G20 Countries*).

⁸ Según el mismo informe (ver la ficha correspondiente a España) la tasa neta de reemplazo de pensión para nuevos empleados con ganancias medias se sitúa en el 78,3 por 100, sólo por detrás de Austria y Países Bajos.

⁹ Tras la fuerte caída por el estallido de la crisis financiera en 2008 (un 23 por 100 entre los países de la OCDE –*Pensions at a Glance 2009*–), España no ha recuperado todavía el nivel patrimonial alcanzado entonces (su valor sigue siendo un 3 por 100 inferior); Estados Unidos, por citar un ejemplo emblemático, tampoco (OCDE, *Pension Markets in focus*, julio 2011).

importantísimas en el plano social, sino también en el económico. De ahí que sea conveniente enfriar las expectativas que recurrentemente parece despertar este tipo de instrumentos e insistir en la necesidad de extender su cobertura y reforzar las garantías sobre los derechos generados.

2. El refuerzo de los derechos de información y participación en los sistemas de protección social complementaria.

Los motivos de la introducción de la Disposición Adicional 26^a, sobre la obligación de los sistemas de protección complementaria de informar acerca de los potenciales derechos a la jubilación de los trabajadores, de la Disposición Final 11^a, relativa a la información sobre las políticas de inversión de los fondos de pensiones, y de la Disposición Final 3^a, en torno a la designación de los miembros de la comisión de control de los planes de pensiones, son muy diferentes. Pero todas ellas tienen en común que refuerzan el estatus jurídico de los individuos que participan en los mecanismos de protección social complementaria.

2.1. La obligación de información en los “instrumentos de carácter complementario o alternativo”.

El comentario de D.A. 26^a debe comenzar por destacar la modificación que se produce en la configuración del derecho a la información en el sistema de Seguridad Social contenida en el artículo 14.2 LGSS. Como más arriba se apuntaba, los nuevos párrafos segundo y tercero de este precepto se inspiran en la Recomendación 7^a del Pacto de Toledo de 2011 para imponer una nueva obligación a la Administración de Seguridad Social: informar a los trabajadores sobre su futuro derecho a la jubilación ordinaria. Un deber cuyos detalles se determinarán reglamentariamente en cuanto a la edad a partir de la cual se establece el mismo, a la periodicidad y al contenido; y del que se predica su valor meramente informativo que no origina ni “... derechos ni expectativas de derechos a favor del trabajador o de terceros”.

Es indiscutible la voluntad de transparencia de esta nueva previsión con la que se persigue reforzar la confianza de los ciudadanos en la viabilidad del sistema público de Seguridad Social y al tiempo concienciarles del esfuerzo que supone su mantenimiento para las arcas públicas, así como de la generosidad relativa de las pensiones reconocidas. Todo ello en buena sintonía con los planteamientos europeos¹⁰.

De ahí que resulte consecuente –y merezca desde luego una valoración muy positiva– que esa misma vocación de transparencia se traslade al ámbito de la protección social privada. Así, la D.A. 19^a.Uno LAAMSS incorpora un último párrafo al artículo 14.2 LGSS en el que extiende esta misma obligación “... a

¹⁰ Véase: *Joint Report on pensions (Progress and key challenges in the delivery of adequate and sustainable pensions in Europe)*, publicado en noviembre de 2010.

[http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2010/pdf/ocp71_en.pdf]

los instrumentos de carácter complementario o alternativo que contemplen compromisos por pensiones...”. Algunas observaciones son pertinentes.

En primer lugar, hay que señalar que la nueva previsión enumera con ánimo ilustrativo –“... tales como...”– cuáles son estos instrumentos: “... Mutualidades de Previsión Social, Mutualidades alternativas, Planes de Previsión Social Empresariales, Planes de Previsión Asegurados, Planes y Fondos de Pensiones y Seguros individuales y colectivos de instrumentación de compromisos por pensiones de las empresas”.

Dejando a un lado que no estaría de más una referencia al relevante Régimen de Clases Pasivas del Estado¹¹, resulta criticable el escaso rigor técnico con el que se acomete esta relación. Para empezar habría que diferenciar dos esferas bien distintas: una es la de las mutualidades alternativas al sistema de Seguridad Social – en concreto, al RETA –, caracterizadas por su vinculación a colegios profesionales y, en cierto sentido, por su naturaleza obligatoria (debe optarse necesariamente entre ellas y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos); y el otro el de la previsión social voluntaria (complementaria). Dentro de esta última esfera podría hacerse una distinción entre instrumentos de dimensión colectiva e individual, pero quizá lo más esclarecedor habría sido pasado por diferenciar dos mecanismos fundamentales: los planes de pensiones (sobra la referencia a los “fondos”), incluyendo sus tres modalidades (sistema de empleo, asociado e individual); y los contratos de seguro (“ramo de vida”¹²) con sus distintas variantes que, utilizando el criterio clasificador empleado por la normativa sobre el Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas, serían mutualidades de previsión social, planes de previsión asegurados, planes de previsión social empresarial y contratos de seguro privado¹³.

En segundo lugar, conviene recordar que en el ámbito de la protección social complementaria o privada ya se contemplaban diversas garantías de información en favor de los individuos protegidos¹⁴. Por eso hay que insistir en que la nueva obligación establecida por el artículo 14.2, último párrafo LGSS consiste en informar acerca de la hipotética prestación derivada de la

¹¹ Real Decreto Legislativo 670/1987, 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

¹² Véase el artículo 6.2 del Real Decreto Legislativo 6/2004, 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

¹³ Artículo 51 de la citada Ley 35/2006 del IRPF.

¹⁴ Tomando como referencia la regulación de los planes/fondos de pensiones, cabe referirse a la obligación de las entidades gestoras de “... facilitar a los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones, al menos con carácter trimestral, información sobre la evolución y situación de sus derechos económicos en el plan, así como sobre otros extremos que pudieran afectarles, especialmente las modificaciones normativas, cambios de las especificaciones del plan, de las normas de funcionamiento del fondo o de su política de inversiones, y de las comisiones de gestión y depósito” (artículo 19.8 LPPF; de forma más extensa en torno a los derechos de información a partícipes y beneficiarios en los planes del sistema de empleo, artículo 34 RPPF).

contingencia de jubilación a la que podría tener derecho en su momento; y que debe hacerlo "... con la misma periodicidad y en términos comparables y homogéneos con la suministrada por la Seguridad Social". En cambio, nada se dice –aunque sería razonable presumirlo– que la estimación se lleve a cabo suponiendo que se mantienen las mismas condiciones de participación hasta la jubilación.

Aunque la incidencia final de esta previsión dependerá de cuál sea su articulación reglamentaria específica en el ámbito de Seguridad Social que sirve de referencia, potencialmente puede tener unos efectos muy relevantes. Por la siguiente razón: si el desarrollo normativo no desvirtúa el contenido de esta obligación – un riesgo que no debería desconocerse por lo que a continuación se dirá –, es previsible que esas estimaciones pongan de manifiesto las limitaciones de la acción protectora privada, en el sentido de que, a pesar de la buena imagen de la que en muchas ocasiones disfrutaban este tipo de instrumentos, la realidad es que son necesarias aportaciones muy elevadas para generar prestaciones de suficiente cuantía, lo que sin duda puede suponer una decepción para la inmensa mayoría de los potenciales beneficiarios.

Ello podría contribuir a resaltar la importancia del sistema público de Seguridad Social como mecanismo eficaz para la provisión de pensiones adecuadas, así como a reducir la incertidumbre sobre su futuro. Pero además serviría para delimitar con más precisión las "necesidades" u objetivos que debe atender el sistema de protección social complementaria, redimensionando su espacio de acción.

Por último, debe señalarse la novedad que supone que la Ley General de Seguridad Social se ocupe de aspectos relacionados con los mecanismos privados de protección social. Al margen de las desfasadas previsiones sobre mejoras voluntarias (artículos 191 y siguientes LGSS – sobre todo, artículo 193 LGSS –), no hay otras referencias a la esfera de protección social complementaria. Cabría preguntarse si ello responde a una novedosa concepción más integral de las esferas pública y privada de la acción protectora o si, por el contrario, no es más que una manifestación de falta de rigor técnico del "Legislador".

2.2. La información sobre las políticas de inversión de los fondos de pensiones: un asunto de relevancia creciente.

La D.F. 11ª de la Ley 27/2011 contiene otra modificación de la legislación sobre planes y fondos de pensiones que poco tiene que ver con la anterior: bajo el título de "Información sobre las políticas de inversión de los planes y fondos de pensiones", añade un nuevo apartado 7 al artículo 14, que es el que establece el régimen de funcionamiento de la comisión de control del fondo de pensiones.

Conviene hacer algún comentario previo antes de abordar su contenido. Ante todo, sorprende la parquedad de las previsiones de rango legal en torno a un aspecto tan relevante como la política de inversión de los fondos de

pensiones¹⁵. Y resulta también extraño que en la *Ley 2/2011, 4 de marzo, de economía sostenible* no se abordara esta cuestión. Por eso hay que valorar positivamente la introducción de esta modificación legal que refuerza la transparencia y con ello la información de la que pueden disponer los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones como principales interesados.

Igualmente debe advertirse que el contenido de este artículo 14.7 LPFP coincide, en cierta medida, con lo ya previsto en el artículo 69 RFPF que desarrolla reglamentariamente la LPFP; si bien es cierto que lo supera incorporando algunas recomendaciones planteadas en el seno del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas¹⁶.

Dos son las obligaciones que se establecen como novedad. En virtud de la primera de ellas, la comisión de control del fondo deberá elaborar una declaración comprensiva de los principios de su política de inversión (párrafo primero del artículo 14.7 LPFP). Con varias exigencias formales y una de contenido. En cuanto a aquéllas, se prevé que esa declaración, que debe ser escrita, se realice "... con la participación de la entidad gestora..." y que, además, sea objeto de "... suficiente publicidad".

Por lo que se refiere al contenido, el segundo párrafo del mismo precepto señala que en esa declaración se mencionará si en las decisiones de inversión se tienen en cuenta criterios de inversión socialmente responsable, lo que viene a denominarse "riesgos extrafinancieros" (éticos, sociales, medioambientales y de buen gobierno) que afectan a los activos del fondo. Se trata, sin duda, de una medida bien orientada que contribuye a la consolidación de la responsabilidad social empresarial en nuestro país¹⁷. Pero seguramente se queda corta: no sólo porque se limita a los fondos de pensiones de empleo, sino porque la exigencia simplemente consiste en mencionar si se consideran o no esos riesgos a la hora de invertir, sin que se establezca ninguna "sanción" por no hacerlo.

Finalmente, la otra obligación impuesta a la comisión de control del fondo de pensiones de empleo –de nuevo se circunscribe a esa modalidad sin razón para ello– tiene que ver con el informe de gestión anual del fondo. En él, la citada comisión –o la entidad gestora, en su caso– debe dejar constancia de un

¹⁵ Es cierto que el artículo 16 LPFP recoge algunas previsiones sobre este asunto, pero apenas precisa los criterios básicos que, a modo de principios, deben orientar las inversiones. Su apartado 1 se limita a señalar que "(e)l activo de los fondos de pensiones estará invertido de acuerdo con criterios de seguridad, rentabilidad, diversificación y de plazos adecuados a sus finalidades".

¹⁶ Véase el *Real Decreto 221/2008, 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas*.

¹⁷ El *Informe de 2 de junio de 2010* elaborado por el *Subgrupo de Inversión Socialmente Responsable* del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas señala que "... las comisiones de control de los fondos de pensiones de empleo se han convertido en uno de los principales impulsores de la ISR en el mercado institucional (...) tanto en la preselección de la cartera como ejerciendo su derecho a voto en las juntas de accionistas de las empresas participadas" (p. 10).

doble aspecto relacionado con la política de inversión: cómo se han aplicado “... los criterios de inversión socialmente responsable...” antes mencionados¹⁸, y el “... procedimiento seguido para su implantación, gestión y seguimiento”.

2.3. El necesario ajuste constitucional del método de designación de la comisión de control de los planes de pensiones.

La STC 128/2010, 29 de noviembre, estimó una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en relación con el párrafo cuarto del artículo 7.2 LPFP, declarando la inconstitucionalidad del método de designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios en la comisión de control del plan de pensiones “... por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores de la empresa”¹⁹. Tal decisión se fundamentaba en el perjuicio que esa fórmula de designación producía en el colectivo de los denominados “partícipes en suspenso” cuya intervención no se contemplaba²⁰. Sin ánimo de entrar aquí en el análisis de la fundamentación y el fallo de la sentencia, conviene hacer alguna consideración que permita comprender mejor el sentido del nuevo contenido del artículo 7.2 LPFP.

Ante todo, cabe señalar que lo que subyace en este caso es un asunto tan sensible como la relación que se establece entre la comisión de control del plan de pensiones –“verdadero centro neurálgico” de esta figura²¹– y la negociación colectiva; o dicho en otras palabras la capacidad de esta última de “gobernar” la articulación de la protección social complementaria empresarial a través de planes de pensiones. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional se decanta por una solución que, un razonamiento que no resulta del todo convincente, debilita el papel de la negociación colectiva en este ámbito.

En virtud del artículo 7.2, primer párrafo LPFP, los tres elementos personales del plan de pensiones –entidad promotora, partícipes y, en su caso, beneficiarios– están representados en su comisión de control. Sucede que entre los partícipes²² se encuentra un colectivo específico, los “partícipes en suspenso”, que son los que han dejado de hacer aportaciones pero mantienen

¹⁸ Se alude lógicamente a los “riesgos extrafinancieros” de los que habla el precepto legal.

¹⁹ En consecuencia, también se declara inconstitucional la previsión equivalente aplicada en los planes de pensiones de promoción conjunta contenida en el mismo precepto; en concreto, la referencia a que en esta modalidad de planes la designación de los integrantes de la comisión podía realizarse “... por parte de la representación de las empresas y trabajadores en dicho ámbito”.

²⁰ Resuelta la cuestión de inconstitucionalidad, la STS (3ª) 4 abril 2011 (JUR\2011\141083) anuló varios incisos del artículo 31, apartados 2 y 3, a) RFPF.

²¹ GARCÍA BECEDAS, G. “La Seguridad Social complementaria en España”, en: AA.VV. *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 43.

²² Definidos como “... las personas físicas en cuyo interés se crea el plan, con independencia de que realicen o no aportaciones” [artículo 3.1, b) LPFP].

sus derechos consolidados en el plan, "... independientemente de que hayan cesado o no su relación laboral"²³. A partir de aquí el Tribunal considera que la previsión de que la designación de la representación de partícipes y beneficiarios pueda ser realizada por los representantes de los trabajadores en activo de la empresa perjudica a los partícipes en suspenso en la medida en que no están directamente representados por ellos al haber perdido (o suspendido) el vínculo con la empresa promotora.

A mi juicio, en la STC 128/2010 prevalece una visión excesivamente individualista de un instrumento de dimensión colectiva como los planes de pensiones del sistema de empleo. Algo innecesario porque sacrifica la función desarrollada por los representantes de los trabajadores en defensa del interés colectivo en aras de una protección singular de determinados trabajadores cuyos derechos no se encuentran amenazados gracias al principio de consolidación de derechos y a la facultad de movilización de los mismos. En otro orden de cosas, sorprende que no suscite ninguna duda, conforme a lógica seguida por la sentencia, que la comisión negociadora sí pueda ejercer válidamente la función representativa de los partícipes en suspenso.

Sea como fuere, la nueva redacción del artículo 7.2 LPFP consagra tres vías para la designación o nombramiento de los representantes de los partícipes y beneficiarios en la comisión de control del plan de pensiones del sistema de empleo, incluida la modalidad de promoción conjunta "... en virtud de acuerdos de negociación colectiva estatutaria de ámbito supraempresarial" (párrafo noveno del citado precepto).

La primera vía, que debe estar prevista en las especificaciones del plan, sigue siendo la designación por parte de la comisión negociadora. Pero se incorporan dos novedades. De un lado, se añade la posibilidad de que "... en su defecto..." las especificaciones puedan encargar tal cometido a otros órganos a los que en todo caso se les exige contar con una composición paritaria: "... la comisión paritaria de interpretación y aplicación del convenio colectivo estatutario..." –primera y casi única referencia a la negociación colectiva del Título III en todo el texto legislativo– "... u otros órganos de composición paritaria regulados en el mismo [convenio]...". Y, de otro, ahora se especifica que los sujetos descritos pueden designar directamente a los miembros de la comisión o establecer procedimientos que permitan esa designación.

En segundo lugar, se mantiene como vía alternativa la designación "... por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa", introduciendo dos cambios junto a la necesidad formal de que se recoja en las especificaciones del plan. Uno de ellos es que ahora se alude expresamente a "... los partícipes que han cesado en la relación laboral...", junto a los partícipes y beneficiarios. El otro consiste en la articulación de un doble mecanismo de garantía para aquellos supuestos en los que "... la suma de partícipes que hayan cesado en la relación laboral con el promotor y de beneficiarios supere el 20 por 100 del colectivo total del plan...".

²³ Artículo 35.1 del *Real Decreto 304/2004, 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones.*

Por una parte, se prevé que en tales casos ese colectivo designará, entre ellos, "... al menos un miembro de la comisión...". Y, por otra, también se contempla como alternativa la celebración de un proceso electoral "... cuando así lo solicitan al menos un tercio de los mismos". En verdad, el Legislador parece olvidar que el reproche de inconstitucionalidad radicaba en la falta de legitimidad de los representantes de los trabajadores en activo para defender a los partícipes en suspenso; algo que ahora se puede entender corregido cuando se supera ese umbral del 20 por 100, pero que no se cumple si no se alcanza esa cifra.

Precisamente la tercera vía es el nombramiento mediante un procedimiento electoral –“a falta de un sistema de designación directa”–. Nada se especifica al respecto, salvo en el supuesto de que la elección tenga lugar a instancia de partícipes que han cesado en la relación laboral con el promotor y beneficiarios que representan el 20 por 100 del total. Entonces las especificaciones del plan pueden acordar la celebración del proceso electoral para la elección de los representantes de partícipes y beneficiarios, sin necesidad de que ese colectivo que insta la elección cuente con una representación específica.

Por lo demás, el nuevo artículo 7.2 LPFP incorpora tres previsiones adicionales, menos controvertidas, que deben, al menos, ser mencionadas. Las dos primeras no hacen más que convertir en previsión legal lo que ya se establece reglamentariamente (artículo 31.2 RFPF): se reconoce la posibilidad de que los miembros de la comisión de control puedan coincidir "... con todos o parte de los componentes de la comisión negociadora o representantes de las partes referidas"; y, al mismo tiempo, se prevé la facultad de revocación en cualquier momento de los miembros designados por las respectivas partes, debiendo entonces designar un sustituto. En fin, la última novedad –de carácter más formal– es la exigencia de que en las especificaciones del plan de pensiones se identifique cuál de las tres vías de nombramiento corresponde, precisando las condiciones para el desarrollo del procedimiento electoral si se trata de la fórmula electiva.

3. La extensión de la acción protectora de las mutualidades de previsión social alternativa.

Llama la atención que los importantes avances que se han producido en los últimos años en materia de integración (y simplificación) de regímenes de la Seguridad Social no hayan dado lugar al cuestionamiento de la pervivencia de los regímenes alternativos a la Seguridad Social –en concreto, al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos– para profesionales colegiados. De hecho, ya se ha aludido a la paradoja que supone que el Pacto de Toledo recomiende que "... sean potenciadas..." para contribuir a la extensión de la protección social en determinados ámbitos empresariales y profesionales.

Ello no significa, sin embargo, que el paralelo proceso de convergencia de regímenes y, en general, el progresivo asentamiento y fortalecimiento del sistema público de Seguridad Social no haya ejercido alguna influencia.

Dejando a un lado el avance que supuso en su momento la *Ley 30/1995*²⁴, hay que recordar que la D.A. 5ª de la *Ley 20/2007, 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo* “convalidó” esta situación al excluir del ámbito subjetivo de sus previsiones en materia de Seguridad Social a los trabajadores autónomos adscritos a mutualidades de previsión social constituidas por el colegio profesional al que pertenezcan y que actúen como alternativa al RETA.

Lo cierto es que el *Documento de revisión del Pacto de Toledo*, presentado por el Gobierno el 29 de enero de 2010, puso de manifiesto la preocupación por la carga injustificada que suponía para las arcas públicas la acción protectora insuficiente de este tipo de mutualidades de previsión social, más si cabe cuando en algunos casos el comportamiento era resultado de la correspondiente planificación. De ahí la necesidad, y propuesta –pese a que luego no se plasmó en las recomendaciones del Pacto de Toledo–, del establecimiento de un nivel mínimo de protección a través de las correspondientes prestaciones en esa esfera privada²⁵.

Y esto es precisamente lo que hace la D.A. 46ª LAAMSS, cuyos tres apartados son objeto de análisis crítico a continuación.

El apartado 1 es el que establece el ámbito objetivo mínimo de cobertura que las mutualidades de previsión social alternativas al RETA deben –“... de forma obligatoria...”– ofrecer a sus mutualistas²⁶. Un avance importante no exento, sin embargo, de alguna observación crítica.

La enumeración de esa acción protectora mínima comprende las principales contingencias cubiertas por el sistema de Seguridad Social. La referencia a la “jubilación” y al “... fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad” no precisan de más comentario. Por el contrario, no se entiende por qué se hace referencia a la “invalidez” permanente cuando el término equivalente empleado por la Seguridad Social –contributiva– es “incapacidad”; y al mismo tiempo resulta poco riguroso que, tras mencionar la “incapacidad temporal”, se precise que también incluye (“incluyendo”) “... maternidad, paternidad y riesgo del

²⁴ De 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los Seguros Privados, origen del *Real Decreto-legislativo 6/2004, 29 de octubre*, que hoy recoge el texto refundido.

²⁵ El citado documento señalaba lo siguiente: “Únicamente cabría señalar la necesidad de garantizar mínimos prestacionales que no descarguen en el Estado, a través del nivel no contributivo, el mantenimiento de aquellas personas que hacen carreras de cotización demasiado débiles o intermitentes, así como las prestaciones establecidas por la Seguridad Social para el resto de colectivos, a fin de evitar la planificación en el aseguramiento, buscando en determinadas etapas de la vida el aseguramiento público y en otras el privado en función de las prestaciones otorgadas por uno u otro sistema”.

²⁶ La Ley utiliza el término “afiliados”, lo que no parece muy riguroso. Tampoco se entiende la imprecisa referencia al “... sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan...”, conceptos que como tales no aparecen en el *Real Decreto-legislativo 6/2004, 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, por el que se rigen las citadas entidades (artículos 64 y ss.).

embarazo” porque, como es bien sabido, se trata de contingencias independientes²⁷.

Pero seguramente lo más llamativo son las contingencias no incluidas en la enumeración y cuya protección, por tanto, no es obligatoria. Así, se echa en falta el riesgo durante la lactancia natural y la nueva contingencia por el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; pero también las prestaciones familiares y la protección por cese de actividad²⁸. Respecto de esta última, hay que tener en cuenta que a partir de 2013 – precisamente cuando entra en vigor esta previsión sobre las mutualidades de previsión social– su cobertura será obligatoria para todos los autónomos, lo que hace incomprensible su exclusión²⁹.

Pese a estas limitaciones, la exigencia de un elenco mínimo de contingencias protegidas debe ser positivamente valorado en cuanto intervención de los poderes públicos para compensar los desequilibrios propios de la libertad en el ámbito privado.

En todo caso, este novedoso diseño más ambicioso no es suficiente en la medida en que en sí mismo no garantiza un nivel de cobertura suficiente que evite la intervención, como último recurso, de la Seguridad Social no contributiva. Dicho en otras palabras, la relación de contingencias objeto de cobertura debe tener como elemento complementario la dignificación de su cuantía.

Para ello el apartado 2 de la D.A. 46ª de la Ley 27/2011 establece una doble fórmula que sirve para garantizar una cuantía mínima de las prestaciones generadas a partir de un reforzamiento –más evidente en un caso que en otro– del principio de contributividad,.

La primera de las vías (directa) establece unos marcos de referencia distintos en función del tipo de prestación, renta o capital. Si las prestaciones son de renta, la cuantía mínima será el mayor de los siguientes dos importes: uno, “... el 60 por 100 de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija...” en el RETA; y otro, “... el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social”. Lo cierto es que estos límites de referencia se circunscriben, en cuanto a su objeto, a las pensiones

²⁷ Véanse los Capítulos IV, IV bis, IV ter y IV quater del Título II LGSS, respectivamente. Por cierto, este último se refiere a “riesgo durante el embarazo”.

²⁸ Entre los riesgos susceptibles de cobertura a los que se refiere el artículo 65.1 LOSSP, y cuya previsión no es obligatoria, hay que mencionar la “... dependencia...”, las “... prestaciones por razón de matrimonio (...) [e] hijos”; y también “... ayudas familiares para subvenir a necesidades motivadas por hechos o actos jurídicos que impidan temporalmente el ejercicio de la profesión”.

²⁹ Recuérdese que el artículo 7 de la Ley 27/2011 establece que a partir del 1 de enero de 2013 “... la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales formará parte de la acción protectora obligatoria de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social con respecto a los trabajadores que causen alta en cualquiera de los mismos a partir de la indicada fecha”.

pareciendo olvidar que también se contemplan otro tipo de prestaciones (IT, maternidad, entre otras). Podría entenderse que en tales casos –las prestaciones que no son pensiones– se aplica la regla contenida en el párrafo siguiente del mismo precepto sobre la exigencia de un nivel mínimo de aportaciones. Pero parece igualmente razonable interpretar que el límite se calcula tomando como referencia la base mínima de cotización para determinar la base reguladora de la prestación y aplicar a continuación el tipo correspondiente.

Por lo que se refiere a las prestaciones en forma de capital, el inciso final de la D.A. 46ª.2 se remite a los anteriores criterios con la particularidad de que se capitaliza el importe (el límite inferior es el “... importe capitalizado de la cuantía mínima...”), una previsión escueta que exige un desarrollo reglamentario que aporte algo de luz sobre el particular.

Por su parte, la segunda vía aplica en cambio un criterio de referencia indirecto. En lugar de determinar un importe concreto, lo que establece es la exigencia de un nivel mínimo de aportaciones –“... cuotas a satisfacer por el mutualista...”–. Así, el requisito es que las cuotas correspondientes a las contingencias de cobertura obligatoria por parte de las mutualidades alternativas deberá equivaler “... al 80 por 100 de la cuota mínima que haya de satisfacerse con carácter general...” en el RETA. Por tanto, no se discriminan conceptos de cotización en el campo de la Seguridad Social, pero el Legislador –a la espera del necesario desarrollo reglamentario de esta tortuosa previsión legal– sí parece ser selectivo con las cuotas de los mutualistas, pues sólo computarían las vinculadas a las contingencias protegidas.

Para compensar el mayor esfuerzo que en muchos casos va a suponer para los mutualistas la extensión y elevación del nivel de protección social –esto es, el reforzamiento de la contributividad–, el apartado 3 de la D.A. 46ª incorpora una medida de carácter fiscal. Concretamente, se prevé que las “... aportaciones y cuotas...” que realicen los integrantes de mutualidades de previsión social alternativas al RETA “... serán deducibles con el límite del 50 por 100 de la cuota máxima por contingencias comunes...” establecida anualmente en el RETA. Con un matiz que no debe ser pasado por alto: serán deducibles las cuotas vinculadas a la cobertura de las contingencias protegidas por el RETA, y no por aquellas que obligatoriamente deben ser atendidas por la mutualidad alternativa ex D.A. 46ª de la Ley 27/2011. Dado que estas últimas son menos, la cuantía deducible será superior a la que correspondería en aplicación de un criterio estrictamente equivalente. Un privilegio para los profesionales colegiados integrados en mutualidades alternativas que no parece justificado.

4. La mejora de la articulación de los mecanismos privados de atención a la dependencia.

La Ley 27/2011 también se ocupa de aspectos relacionados con la acción privada de protección de la dependencia. Y lo hace desde un planteamiento que –con los matices que enseguida veremos– puede considerarse razonable

en la medida en que trata de reforzar la dimensión colectiva de las iniciativas privadas en este ámbito.

Para entender las dos modificaciones introducidas, conviene hacer un breve repaso del recorrido del papel que el ordenamiento jurídico ha atribuido al sector privado en la atención de la dependencia desde la aprobación de la *Ley 39/2006, 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*.

Cabe recordar que la Disposición Adicional 7ª de la citada Ley imponía al Gobierno un doble mandato: promover las modificaciones legislativas necesarias para "... regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia" (apartado 1) y, como complemento, "... la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados..." articulados para su cobertura (apartado 2).

Ambos mandatos habían sido objeto de cumplimiento –aparentemente– pleno a través de la modificación de la normativa que regula los instrumentos que sirven para la articulación de la acción protectora privada en nuestro país: los planes de pensiones y los contratos de seguro³⁰. Pero, junto a alguna otra carencia puntual³¹, podía echarse en falta una referencia expresa a la dependencia en el precepto que actúa como clave de bóveda del sistema de previsión social complementaria en el ámbito empresarial –la DA 1ª LPFP–, lo que habría de servir como una forma de reforzar las iniciativas de dimensión colectiva articuladas en el ámbito laboral a través de la negociación colectiva.

En realidad, la cobertura de la dependencia a través de planes de pensiones del sistema de empleo no exigía ningún añadido, en la medida en que es una de las contingencias contempladas en el artículo 8.6 LPFP al que se refiere la propia D.A. 1ª, segundo párrafo LPFP. En cambio, sí resultaba conveniente explicitar que entre las modalidades de contratos de seguro que cubren la dependencia se encuentran los "seguros colectivos de dependencia". De ahí

³⁰ La pieza normativa "central" es la *Ley 41/2007, 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*, cuya DA 2ª reconoce la dos vías a través de las cuales puede instrumentarse la cobertura de la dependencia: "... contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social" o "... un plan de pensiones" (apartado 1). La misma disposición, en su apartado 2, establece la regulación básica del seguro de dependencia. En cambio, la citada norma es muy parca al referirse a los planes de pensiones como instrumentos de articulación de la dependencia, limitándose a exigir que la cobertura de esta contingencia se prevea "... de manera expresa en sus especificaciones". En realidad, la adaptación (parcial, como veremos) en este ámbito de los planes de pensiones ya se había producido a través de la Ley 35/2006 del IRPF que, junto a los aspectos relativos al tratamiento fiscal de estos elementos, que a través de su DF 5ª modifica diversos aspectos de la LPFP, entre los cuales destaca el reconocimiento de la dependencia como contingencia protegida (artículo 8.6 LPFP).

³¹ Se echa en falta, desde luego, que la Ley no aprovechara para corregir la anomalía que suponía que la cobertura (complementaria) a través de planes de pensiones no incluyera los supuestos de dependencia moderada. Sobre esta carencia ya llamaban la atención: AA.VV. *Manual de derecho de la dependencia*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 290-291.

que, como primera novedad introducida por la Ley 27/2011, su D.F. 4ª incorpore una alusión expresa a estos seguros en el apartado primero y en el cuarto, letra a)³², si bien su entrada en vigor no se producirá hasta el 1 de enero de 2013 ex D.F. 12ª de la Ley 27/2011.

El resultado es que se refuerza la caracterización como *compromiso por pensiones* de las acciones de protección de la dependencia. De manera que podríamos hablar de “sistemas complementarios de pensiones de dependencia”. Lo cual da pie a varios comentarios.

En primer lugar, es evidente que de este modo se favorece el desarrollo colectivo de este tipo de iniciativas protectoras, abriendo la puerta –hasta ahora entornada– a la cobertura de la dependencia a través de la negociación colectiva. En suma, en este cambio hay una apuesta implícita por los mecanismos colectivos de protección social complementaria frente a los individuales; lo que en el campo de los planes de pensiones equivale a la preferencia de aquellos de la modalidad del sistema de empleo frente a los individuales.

En segundo lugar, no cabe duda de que con ello se apuntala un modelo de protección de la dependencia basado en una acción pública principal, pero en el que la acción privada también puede intervenir de forma complementaria. En realidad, esto no es más que la reproducción del diseño de la Seguridad Social contenido en el artículo 41 CE: estos “compromisos por pensiones de dependencia” podrían reconducirse a la previsión de que las “... prestaciones complementarias serán libres” del último inciso de ese precepto.

En este sentido, no hay nada de forzado en la inclusión de la dependencia entre las contingencias cubiertas por los planes de pensiones y/o los contratos de seguro como mecanismos de protección social complementaria. Más bien al contrario: se pone de manifiesto la incoherencia que supone que, en el ámbito privado, el Legislador dé a la dependencia un tratamiento de contingencia de Seguridad Social, mientras que le deniegue tal condición en la esfera pública mediante su articulación como un pilar de protección distinto. Lo relevante no es tanto que resulte poco coherente, cuanto que revela el inadecuado encaje constitucional del sistema público de atención a la dependencia³³, el cual explica buena parte de los problemas que lastran su desarrollo.

³² El primero se refiere a los contratos de seguros que instrumentan compromisos por pensiones: “...contratos de seguros, incluidos los planes de previsión social empresariales y los seguros colectivos de dependencia...”. La otra referencia se realiza al establecer los requisitos que deben cumplir los contratos de seguro que articulan los citados compromisos: “a) Revestir la forma de seguro colectivo sobre la vida o plan de previsión social empresarial o seguro colectivo de dependencia”.

³³ Sobre la anomalía que supone su caracterización como contingencia no incluida entre las cubiertas por la Seguridad Social que ya fue denunciada antes de la aprobación de la Ley 39/2006 sobre dependencia, véase: SUÁREZ CORUJO, B. “Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, *Relaciones Laborales*, 2006, nº 2, pp. 933 ss.

Como se apuntaba, hay un segundo precepto en la Ley 27/2011 dedicado a la dependencia y, en concreto, a su tratamiento fiscal: la D.F. 9ª. En ella se contienen tres adiciones a otros tantos preceptos de la normativa sobre el IRPF que se sitúan en la línea de los cambios introducidos en la D.A. 1ª LPFP que acabamos de ver.

De un lado, se ha eliminado el obstáculo principal que encontraban las empresas para suscribir “seguros colectivos de dependencia”: la ausencia de incentivos fiscales. El artículo 51.5 sólo contemplaba –en realidad, lo sigue haciendo hasta el 1 de enero de 2013, fecha de entrada en vigor de la citada D.F. 9ª de la Ley 27/2011– la aplicación de reducciones en la base imponible del IRPF en aquellos casos en los que el contribuyente era tomador, asegurado y beneficiario del seguro. Ello impedía, en consecuencia, el reparto de condiciones en el seguro entre el empresario, como tomador, y los trabajadores, como asegurados y beneficiarios.

Por eso ahora se añade un nuevo párrafo al mencionado artículo 51.5 de la Ley 35/2006 en el que se especifica que en los seguros colectivos de dependencia amparados en la D.A. 1ª LPFP “... figurará exclusivamente la empresa...” como tomadora del seguro, mientras que “... la condición de asegurado y beneficiario corresponderá al trabajador”. Una solución con la que se equipara a los planes de pensiones y que, en tal sentido, no parece discutible.

De otro lado, la D.F. 9ª de la Ley 27/2011 incrementa la cuantía de las primas del seguro fiscalmente deducible, algo que merece una valoración mucho más crítica. El mismo artículo 51.5, penúltimo párrafo de la Ley 35/2006 establece que “(l)as primas satisfechas por la empresa en virtud de estos contratos de seguro [seguros colectivos de dependencia] e imputadas al trabajador tendrán un límite de reducción propio e independiente de 5.000 euros anuales”. Este nuevo límite –que se traslada también a otros dos preceptos directamente relacionados con el artículo 51.5³⁴– merece algún breve comentario.

Ante todo, hay que señalar que no se entiende la desvinculación de la dependencia del resto de compromisos por pensiones a estos efectos de reducción fiscal (límite “propio e independiente”). Precisamente la apuesta por la dimensión colectiva de los seguros de dependencia aconsejarían reforzar una mejor integración con el resto de contingencias. Pero es que además, y esto es lo más grave, la cuantía de 5.000 euros anuales es injustificadamente elevada³⁵, pues sólo los trabajadores con rentas más altas tienen semejante capacidad de ahorro, tal como corroboran los datos³⁶.

³⁴ En efecto, la D.F. 9ª también modifica el artículo 52.1, b) y la D.A. 16ª de la Ley 35/2006 para introducir la referencia a ese límite de 5.000 euros anuales de las primas satisfechas por las empresas en seguros colectivos de dependencia.

³⁵ Téngase en cuenta que, en virtud de la D.A. 16ª de la Ley 35/2006, el importe anual máximo conjunto de las aportaciones y contribuciones empresariales a los sistemas de previsión social es de 10.000 euros anuales; sólo el doble del que se establece exclusivamente para la dependencia.

En definitiva, aunque no se comparten las medidas de carácter fiscal, cabe considerar positivo que la Ley 27/2011 se ocupe de encauzar el desarrollo de la iniciativa privada de atención a la dependencia favoreciendo su articulación ordenada a través de la negociación colectiva. De todas formas, hay que ser conscientes de que el contexto de crisis económica, unido a la falta de entusiasmo del Gobierno del PP al respecto, ponen en cuestión el desarrollo – quién sabe si la propia subsistencia– del Sistema (público) para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En este sentido, el Real Decreto-ley 20/2011 es un mal augurio³⁷.

³⁶ Así se constata en el *Informe estadístico de instrumentos de previsión social complementaria 2010* del entonces Ministerio de Economía y Hacienda ([http://www.dgsfp.meh.es/PlanesFondos/Documentos/Informe estadístico de instrumentos de previsión social complementaria 2010](http://www.dgsfp.meh.es/PlanesFondos/Documentos/Informe%20estadístico%20de%20instrumentos%20de%20previsión%20social%20complementaria%202010)). El 87 por 100 de las aportaciones/contribuciones a planes de pensiones eran inferiores a los 900 euros anuales (65,6 por 100 en el caso de los planes de previsión asegurados).

³⁷ Sobre los recortes recogidos en este Real Decreto-ley, véase: SUÁREZ CORUJO, B. “Aspectos (in) sociales del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 28, 2012.