

ASPECTOS JURÍDICO-LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS POLÍTICAS EMPRESARIALES DE RETRIBUCIÓN FLEXIBLE*

Magdalena Llompart Bennàssar**
Universitat de les Illes Balears

SUMARIO: 1. Noción. –2. Causas de su interés. 2.1. Interés por parte de las empresas. 2.2. Interés por parte de los trabajadores. –3. Implicaciones jurídicas. 3.1. Posible cambio de naturaleza jurídica de la prestación. 3.2. Limitación legal del salario en especie. 3.3. Posible alteración de las bases de cotización. –4. Establecimiento de los planes de retribución flexible según su clasificación. 4.1. Planes que van a cargo del salario convencional: 4.1.1. Si el convenio contempla la sustitución. 4.1.2. Si el convenio guarda silencio sobre este particular. 4.2. Planes que se añaden al salario convencional en sustitución de mejoras contractuales. 4.3. Planes que se añaden al salario convencional y, en su caso, a las mejoras contractuales. 4.4. Planes autónomos, aplicables al personal excluido del convenio colectivo. –5. Cuantificación. 5.1. Percepciones referidas a bienes de consumo: 5.1.1. Entrega de efectos no dinerarios condicionados a un fin. 5.1.2. Entrega de un bien o reconocimiento de un derecho de forma gratuita o por un precio inferior al de mercado. 5.2. Participación en el capital de la empresa. 5.3. Préstamos con un tipo de interés inferior al legal del dinero. –6. Modificación de los planes de retribución flexibles. –7. Valoración.

RESUMEN

La retribución flexible, hasta la fecha, ha constituido una fórmula de remuneración consensuada entre empresas y trabajadores que, en un periodo de contención salarial, ha permitido mantener o incluso reducir el coste laboral por trabajador sin perjudicar su motivación y, por ende, su rendimiento lo cual ha facilitado su implantación generalizada en sectores y empresas diversos, al tiempo que ha generado un importante interés por parte de los agentes sociales

* Recibido el 19.02.2014 y aprobado el 18.03.2014.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ante las consecuencias jurídicas que conlleva su correcto establecimiento. Pues bien, en el presente estudio se pretenden abordar tanto cuestiones estrictamente laborales –trascendencia de la naturaleza de las prestaciones que integran los planes de retribución flexible, limitación del salario en especie o implantación de dichos planes considerando su tipología– como de Seguridad Social, haciendo especial referencia a la incidencia en este campo del RD-Ley 16/2003, de 20 de diciembre, que ha modificado el régimen de cotización de numerosas prestaciones en especie. Ante la existencia de un plan de retribución a la carta, en fin, cobran vital importancia otras dos cuestiones también tratadas en este estudio, que se suman a una valoración final. Por un lado, la cuantificación de los diversos beneficios que lo integran, tanto desde la óptica laboral como de Seguridad Social. Por otro lado, la determinación del régimen que observa la modificación empresarial de este tipo de planes.

ABSTRACT

Flexible remuneration, up to the date, has constituted a remuneration formula agreed between companies and workers that, in a period of wage containment, has allowed to support or even to reduce the labor cost for worker without harming his motivation and, therefore, his performance which has facilitated its widespread use in various sectors and companies, at the time that it has generated important interest by stakeholders in the legal consequences resulting from its correct establishment. So well, this study is intends to address both strictly labour issues –significance of the nature of the benefits that integrate the flexible remuneration plans, limitation of wages in kind or implementation of such plans considering its typology– as of Social Security, with particular reference to the impact on this field of the RD-law 16/2003, of December 20, which has modified the price's regime of numerous kind contribution benefits. Given the existence of this kind of remuneration's plan, in end, there are other two questions that receive vital importance, also treated in this study, in addition to a final assessment. On the one hand, the quantification of the diverse benefits that integrates it, both from the standpoint of labour and Social Security. On the other hand, the determination of the regime that observes the managerial modification of this type of plans.

Palabras clave: salario en especie, retribución flexible, cotización a la Seguridad Social.

Keyword: salary in species, flexible remuneration, contributions to Social Security.

1. NOCIÓN

La noción de retribución flexible o a la carta carece de base normativa. Se trata de un concepto nacido de la propia práctica laboral que alude al modo de abonar, mediante entregas en especie, una parte del salario, ya sea el convencional o el contractualmente acordado¹.

Los planes de retribución a la carta constituyen un instrumento de gestión individualizada de la remuneración los trabajadores, en la medida en que permiten que estos intervengan directa y activamente en su diseño². En efecto, los trabajadores sujetos a este tipo de planes pueden, según sus necesidades y preferencias, elegir una serie de productos de entre un listado previamente establecido: seguros médicos, mejoras de prestaciones de jubilación, guardería, vales comida, accesos a clubes deportivos, descuentos especiales para el disfrute de productos y servicios –billetes de avión, hoteles, servicios de salud,...-, prestaciones formativas, vehículos, cesión de uso de vivienda, móviles, tabletas u otros soportes informáticos, opciones sobre ac-

¹ Cfr. A. Pedrajas Moreno, P. Pedrajas Quiles y T. Sala Franco, *La retribución flexible. Tratamientos Fiscal y Laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 27 y 28.

² A. Matorras Díaz-Caneja, "La implantación de planes de retribución "flexible" o "a la carta" como técnica de individualización salarial", *Aranzadi Social*, núm. 9/2009, BIB 2009\844, pág. 1 de 21.

ciones³, etc. En definitiva, se trata, como se puede observar, de beneficios de carácter heterogéneo, que comprenden tanto ventajas salariales como extrasalariales.

2. CAUSAS DE SU INTERÉS

La instauración de políticas retributivas a la carta requiere de un acuerdo por parte de la empresa y de los trabajadores, ya sea en la esfera colectiva o individual. Al objeto, pues, de que la correspondiente negociación llegue a buen fin es conveniente destacar las bondades y contrapartidas que este tipo de remuneración conlleva, no sólo para la empresa sino también para los trabajadores⁴, con la importante advertencia de que la reciente reforma llevada a cabo por el RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores y que ha sido convalidada en fecha de 22 de enero de 2014 ha supuesto, como se tendrá ocasión de comprobar, un serio revés para la proliferación de este tipo de planes.

2.1. Interés por parte de las empresas

Es verdad que esta modalidad de retribución fue reconocida inicialmente al personal directivo o muy cualificado de grandes empresas, como forma de captación y fidelización de los mejores profesionales. Pero también es verdad que en un contexto económico tan complicado y prolongado en el tiempo como el actual, las empresas, con independencia de su tamaño, se han mostrado interesadas por su implantación en beneficio de la generalidad de sus trabajadores a causa de los efectos positivos que estas fórmulas retributivas podían tener en sus cuentas de resultados. Y ello ha sido así porque, hasta la reforma llevada a cabo por el citado RD-Ley 16/2013, este tipo de retribución ha permitido optimizar el “coste laboral por trabajador”, que comprende, además del salario y de las percepciones no salariales, las cotizaciones a la Seguridad Social y retenciones a cuenta del IRPF. En efecto, hasta esta reforma, si empresa y trabajador optaban por aquellas prestaciones que gozaban de un trato favorable en materia de cotización [arts. 109 RD Leg. 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 23 del RD 206/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RGCL)], se abría la opción de aligerar la cuota patronal; circunstancia que, como se verá, actualmente constituye una auténtica quimera.

Además de este ahorro empresarial en materia de cotización que ha sido posible hasta la modificación legal, la retribución a la carta ha procurado el máximo nivel de satisfacción del empleado, sin incrementar significativamente dicho coste. Esto ha sido así porque las empresas, al realizar numerosas contrataciones de bienes y servicios con sus proveedores, pueden beneficiarse de una economía de escala y acceder a los mismos por un precio inferior al que conseguiría el trabajador individualmente considerado. De este modo, pueden ofrecer a sus empleados determinados bienes o servicios por un precio inferior al de mercado. A la postre, en la medida en que los planes de retribución flexible no supongan un incremento del “coste laboral por trabajador”, las empresas pueden mejorar su situación competitiva.

³ A pesar de la doctrina del Tribunal Supremo, que las considera como una percepción en dinero, porque el dinero de la venta de las acciones se ingresa directamente en el patrimonio del trabajador [SSTS de 24 de octubre de 2001 (RRUD 3295/2000 y 4851/2000)]. Sin embargo, en mi opinión las opciones sobre acciones, en la medida en que constituyen un derecho de opción, son retribución en especie. Lo mismo cabe decir de la entrega de acciones, dado que constituyen títulos que generan a favor del trabajador derechos políticos y económicos en el ámbito de la sociedad. *Vid.*, con mayor detalle, M. Llompart Bennàssar, *El salario: concepto, estructura y cuantía*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 304 y 305.

⁴ *Vid.*, en términos generales, A. Matorras Díaz-Caneja, “La implantación de...”, cit., págs. 2 a 5 de 21; E.V. Blázquez Agudo, “La implantación de los planes de retribución flexible en las empresas. Problemas y soluciones”, R.E.D.T., núm. 159, 2013, pág. 113; y A. Pedrajas Moreno, P. Pedrajas Quiles y T. Sala Franco, *La retribución flexible...*, cit., págs. 29 y 30.

Las políticas de retribución flexible, en otro orden de cosas, facilitan a las empresas la retención y la motivación de sus recursos humanos. Y ello fundamentalmente por dos razones. De un lado, los trabajadores toman conciencia de una mejor consideración por parte la empresa; y, de otro, les permite acceder a determinados beneficios que, por lo general, redundan en una mejora de su estatus social. A ello cabe añadir que, dado que es posible configurar determinados beneficios en especie como incentivos (vgr. obtención de un viaje si se alcanza un objetivo), pueden mejorarse los niveles de productividad y competitividad de la empresa. Por lo demás, la remuneración a la carta evita, en ocasiones, gestiones privadas de los trabajadores, coadyuvando a disminuir ciertos niveles de absentismo y a propiciar la conciliación de la vida familiar con la laboral, al tiempo que, según su configuración, puede presentarse ante la opinión pública como prácticas de responsabilidad corporativa, lo que contribuye en buena medida a mejorar el prestigio de la empresa, su imagen externa.

2.2. Interés por parte de los trabajadores

La retribución a la carta resulta atractiva también para los trabajadores. Conviene, en este sentido, insistir en que como las empresas se benefician de una economía de escala, los trabajadores pueden obtener un beneficio económico neto superior al que conseguirían en caso de ser ellos mismos quienes adquiriesen en el mercado los bienes, servicios o derechos incluidos en el plan de retribución flexible.

De forma específica, los planes de retribución flexible, también denominados planes cafetería, permiten:

1º) Optimizar la planificación fiscal⁵. Habida cuenta que la normativa reguladora del IRPF favorece fiscalmente determinadas prestaciones empresariales en favor de los trabajadores, se consigue un incremento de la disponibilidad final neta de los empleados. Y ello por varios motivos, entre los que se pueden destacar tres⁶:

a) Por la exclusión –total o parcial hasta ciertos toques cuantitativos– de la noción de rendimiento del trabajo de determinadas rentas en especie prevista en el art. 42.2 de la Ley 35/2008, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF). En concreto, se trata de entrega de acciones; determinadas acciones formativas; utilización de comedores de empresa y fórmulas sustitutivas o acceso a economatos; utilización de bienes destinados a servicios sociales y culturales del personal empleado; pago de primas y cuotas por parte de la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador; abono de primas y cuotas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad; prestación del servicio de educación a los hijos de los trabajadores; y entrega de cantidades satisfechas a entidades encargadas de prestar el servicio público de transporte colectivo de viajeros con la finalidad de favorecer el desplazamiento de los empleados al centro de trabajo.

b) Por el aprovechamiento consensuado de aquellos criterios de valoración monetaria previstos en la normativa tributaria que resulten más favorables al trabajador-contribu-

⁵ Vid., con mayor detalle, A. Matorras Díaz-Caneja, “La implantación de...”, cit., págs. 2 a 5 de 21.

⁶ A ellos cabe añadir los dos siguientes: 1º) También podrían obtenerse ventajas fiscales en caso de incorporación de retribuciones diferidas en su devengo y/o liquidación y pago –ya sean variables o de importe fijo– al paquete de compensaciones flexibles, dado que de configurarse en la forma idónea, se abriría en general la posibilidad de aprovechar las reducciones fiscales previstas por las llamadas “rentas irregulares” y/o, en particular, para determinados incentivos basados en acciones de la compañía (art. 18 LIRPF y 11 RIRPF); lo que, en su caso, consentiría adicionalmente acceder a la correlativa disminución del tipo aplicable (art. 83 RIRPF); 2º) Los trabajadores podrían beneficiarse, en fin, de un régimen de tributación diferido previsto para el caso de participación de determinadas fórmulas de previsión social colectiva [arts. 17.1. e) y f), 51 a 53 y DA 9ª y 10ª LRIRPF y arts. 51 y 102.2 RIRPF].

yente. Sería el caso, por ejemplo, de la financiación empresarial directa del disfrute de vehículos para fines particulares, que permite una tributación diferida de la renta y que asimismo no opera sobre valores de mercado [art. 43.1.1.b) LIRPF].

c) En fin, consecuencia de la minoración de la base imponible por la aplicación de las reglas anteriores, se podría reducir la progresividad del IRPF, aplicándose al neto inferior resultante un tipo impositivo menor que el que resultaría aplicable si el salario debido al trabajador se abonara íntegramente en metálico; y, en su caso, sobre todo en los niveles salariales más bajos, se facilitaría una mayor reducción por obtención de rendimiento de trabajo en los términos del art. 20.1 de la LIRPF.

2º) La segunda ventaja para los trabajadores viene referida a que la propia individualización de la estructura de la retribución puede favorecer que ésta se adapte en todo momento, dentro de los márgenes que establezca el plan, a las cambiantes necesidades y preferencias del trabajador, que dependen de su estilo de vida, situación familiar, edad, etc. Especialmente, la empresa podría contribuir a solventar ciertas dificultades de conciliación de trabajo y vida personal que atraviesan los trabajadores en diversas etapas de su existencia.

3º) En la medida en que la retribución a la carta permite la elección por parte de los trabajadores de los beneficios asociados, se evitaría la duplicación de algunos de ellos –vgr. seguros médicos a favor del trabajador y personas dependientes del mismo cuando ya disfrutan de prestaciones equivalentes por otras vías– o la puesta a disposición de beneficios de escaso interés para el trabajador –vgr. cheques-comida cuando el trabajador tiene la oportunidad de comer en su casa, o guardería cuando no tiene hijos o estos son mayores–.

4º) La eliminación de la incomodidad que para el trabajador supone la realización de las gestiones necesarias para acceder a los bienes y servicios ofertados por la empresa, que en todo caso deben costear a cambio de sus ingresos salariales.

3. IMPLICACIONES JURÍDICAS

Los planes de retribución flexible suponen una variación en el régimen retributivo de los trabajadores y tienen por tanto implicaciones de calado en la deuda retributiva de las empresas. Por los menos las tres siguientes.

3.1. Posible cambio de naturaleza jurídica de la prestación

La primera consecuencia viene referida a que parte de la remuneración pierda su naturaleza salarial debido a que, en atención al principio de realidad, la causa retributiva queda difuminada por la intención empresarial de otorgar mayor atención a concretas circunstancias del trabajador, estableciéndose fórmulas de protección social complementaria o de acción social⁷. Sería el caso, por ejemplo, de las aportaciones empresariales imputadas a los empleados partícipes en un plan o fondo de pensiones, o del reconocimiento de ventajas con fines formativos, deportivos o familiares.

Como se sabe, en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales la trascendencia del salario es muy significativa, puesto que el hecho de que una partida económica sea o no calificada como salarial genera importantes consecuencias. Tal influye en efecto en las siguientes esferas: determinación de la retribución durante las vacaciones y otros periodos de descanso, así como en el caso de imposibilidad de la prestación (art. 30 ET); mantenimiento de la retribución en los supuestos de interrupción del contrato de trabajo (art. 37.3 ET); cálculo de las pagas extraordinarias, atribuciones económicas de origen convenido y complementos salariales; aplicación del

⁷ Sobre las definiciones positiva y negativa de salario, *vid.*, con detalle, M. Llompart Bennàssar, *El salario: concepto...*, cit., págs. 177 a 318.

incremento periódico salarial; adecuación del monto salarial al mínimo interprofesional (art. 27 ET); aplicación del mecanismo de compensación y absorción (art. 26.5 ET); concreción de las responsabilidades solidarias del empresario principal en contratas y subcontratas (art. 42.2 ET) y subsidiaria o solidaria de la empresa usuaria ante los trabajadores cedidos por una ETT (art. 16 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT); obligación de liquidación y pago del salario (art. 29.1 ET); abono de intereses por demora (art. 29.3 ET); protección del crédito salarial, ya sean las garantías relativas al FOGASA (art. 33 ET) o a los privilegios del crédito salarial (art. 32 ET y art. 84 LC); la calificación de una partida económica como salarial o no también tiene trascendencia en los supuestos de resolución judicial del contrato por falta de pago o retraso continuado en el abono de los salarios [art. 50.b) ET], así como a la hora de cuantificar indemnizaciones por extinción de contratos.

Como se puede observar, la calificación salarial de una partida económica favorece al trabajador, pues cuenta con una mayor protección; por el contrario, la calificación de la misma partida como extrasalarial beneficia a la empresa, que puede ahorrarse costes a la hora de abonar vacaciones, indemnizaciones, etc. Así pues, ante el cambio de naturaleza de una parte de la retribución, es preciso valorar sus consecuencias.

3.2. Limitación legal del salario en especie

Otra importante implicación jurídica concierne a la limitación legal del salario en especie. El art. 26.1 *in fine* del ET establece que “en ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a una minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional”. Lo primero que hay que señalar es que la dicción del art. 26.1 del ET opera sobre la totalidad de las partidas salariales, excluyéndose de su aplicación toda percepción extrasalarial. Ello resulta plenamente lógico debido a su diversa naturaleza, de modo que, en principio y salvo lo que se dirá más adelante, no se pueden reconocer beneficios extrasalariales a cargo del salario en metálico.

Con esta previsión se garantiza un mínimo de salario líquido al trabajador, sin distinguir si el mismo está cuantificado legal, convencional o contractualmente. De ahí que sea posible que tanto el convenio, como en su caso, el contrato modifiquen o bien el porcentaje legal máximo de salario en especie (30%), siempre a la baja, o bien la cantidad mínima de dinero garantizada, pero siempre al alza. Estamos, por tanto, ante una norma de derecho mínimo cuyo objeto es garantizar un suelo salarial en dinero a los trabajadores. Tal consiste en el 70% de su salario, con el añadido de que en todo caso debe ser como mínimo igual o superior al SMI en cómputo anual.

Abundando en el límite porcentual, en la medida en que su finalidad última no es tanto establecer un tope máximo de salario en especie como garantizar un mínimo de salario en metálico, parecería más acertado que el legislador en lugar de referirse al tope máximo de salario en especie hubiese establecido un porcentaje mínimo garantizado de salario en dinero (vgr. 70%), porque ésta es la auténtica razón del art. 26.1 *in fine* del ET⁸. Así, de una interpretación teleológica de dicha disposición, se puede afirmar que la misma tan sólo permite un descuento del salario en concepto de percepciones en especie por el valor objetivo de las mismas y que como máximo debe ser equivalente al 30 por 100 de salario total previsto para el trabajador o menor si así está reconocido en disposición convencional o contractual. En todo caso, a falta de precisión normativa expresa, de conformidad con la regulación sobre el SMI que también constituye un límite en materia salarial, debe entenderse que los porcentajes aquí apuntados juegan con carácter anual.

⁸ Respecto del significado del límite porcentual, *vid.* ampliamente, M. Llopart Bennàssar, *El salario: concepto...*, cit., pág. 214 a 218.

Con este referente, las consecuencias de la vulneración del límite porcentual de salario en especie difieren en función de si el salario es el convencional o el contractual. En el primer caso, si un trabajador como consecuencia de percibir parte de su retribución en especie no tiene garantizado un 70 por 100 de su salario total en metálico, tiene derecho a las diferencias salariales correspondientes hasta alcanzar dicho mínimo. En cambio, si el salario del trabajador está fijado contractualmente, el salario en metálico que debe ser ineludiblemente respetado por la empresa no es necesariamente el 70 por 100 del salario total contractual, sino el 70 por 100 del salario fijado en convenio. De acuerdo con el art. 3.5 del ET, en efecto, el trabajador puede renunciar sin compensación alguna a cualquier mejora retributiva que supere el mínimo salarial previsto en convenio colectivo. En consecuencia, puede aceptarse una reducción de su salario en dinero superior al 70 por 100 del salario contractual siempre que no exceda del 70 por 100 del salario colectivamente acordado.

Por lo demás, importa destacar que la norma contenida en el art. 26.1 *in fine* del ET constituye una regla taxativa de la elección del medio de pago de la deuda salarial⁹. Por consiguiente, aunque la doctrina judicial en alguna ocasión lo haya considerado¹⁰, no se está ante una regla útil a efectos de cuantificación del salario. En efecto, no cabe atribuir a los elementos salariales comprometidos en dinero un valor equivalente al 70 por 100 del salario total que corresponda al trabajador –según las correspondientes previsiones legales, convencionales o contractuales– y considerar salario en especie exclusivamente la cantidad que reste hasta completar el 100 por 100 de la cuantía salarial¹¹. Y ello fundamentalmente porque esta regla de cuantificación, en caso de beneficios en especie elevados, podría suponer una aminoración de su valor real al cuantificarse según el valor del metálico, lo que desembocaría en la apertura de una vía de escape a la noción de salario. No es dable sostener que la diferencia entre el valor real de la especie y el tope del 30 por 100 constituya un beneficio extrasalarial, que quedaría al margen de todo el régimen jurídico del salario –cuantificación de indemnizaciones, etc.–, porque la misma responde a la prestación de unos servicios al igual que lo hace la cantidad correspondiente al 30 por 100 del salario. Con un ejemplo sencillo se puede entender lo aquí apuntado. Si el prestación en especie viene constituida por el disfrute de una vivienda que debe ser valorado en 700 euros al mes, cuando el límite del salario en especie debe ser cifrado en 600 euros porque la retribución del trabajador es de 2000 euros al mes, no se puede afirmar que los 100 euros mensuales de diferencia que no son restados del salario en metálico dejen de formar parte del salario. En fin, en la medida en que el salario en especie debe ser cuantificado de acuerdo a reglas objetivas, no siempre será posible alcanzar la relación 70-30.

3.3. Posible alteración de las bases de cotización

Una última implicación jurídica de los planes de retribución flexible, ésta de máxima actualidad porque ha sido objeto de reforma por la vía urgente (RD-Ley 16/2013), tiene que ver con la posible alteración de las bases de cotización a la Seguridad Social. Como he avanzado, hasta la reforma de 2013, la sustitución de mínimos salariales por emolumentos no salariales y la consiguiente variación de la naturaleza de algunas partidas remuneratorias podía tener reflejo en una disminución de las bases de cotización y, por ende, también de las bases reguladoras de las prestaciones¹². Y es que como resultado del cambio de la naturaleza de algunas de las per-

⁹ Cfr. A. Matorras Díaz-Caneja “El límite porcentual aplicable a los pagos salariales en especie”, *A.L.* núm. 44, 2002, www.laleylaboral.com, pág. 7. También, SSTSJ, ambas de Andalucía, de 17 de febrero de 1998 (rec. 3209) y 23 de junio de 2000 (rec. 577/2000).

¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, SSTSJ, ambas de Andalucía, de 20 de mayo de 1992 (rec. 665/1992) y de 23 de junio de 2000 (rec. 577/2000).

¹¹ SSTSJ de Madrid de 22 de abril de 2003 (rec. 25/2003), Murcia de 23 de febrero de 2004 (rec. 1067/2003), Murcia de 27 de febrero de 2006 (rec. 5/2006), Castilla y León de 23 de julio de 2007 (rec. 1141/2007) y Cataluña de 11 de diciembre de 2009 (rec. 2680/2009).

¹² Cfr. A. Matorras Díaz-Caneja, “La implantación de...”, *cit.*, pág. 17 de 21; y E.V. Blázquez Agudo, “La implantación de...”, *cit.*, págs. 118 a 120.

cepciones del trabajador, la regulación en materia de Seguridad Social avalaba o hacía posible una disminución de las bases de cotización y, consiguientemente, de las bases reguladoras de las prestaciones.

Al respecto, una comunicación interna remitida en 2008 por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al Director Territorial Jefe de la Inspección Provincial de Madrid estableció que la implantación de un sistema de salario flexible podría vulnerar el principio de irrenunciabilidad de derechos si supone cotizar por bases inferiores a las que el trabajador tuviera derecho desde un principio.

En la misma línea se halla la Contestación de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) 8/2010, de 25 de febrero, relativa a la sustitución de parte de las retribuciones en metálico por retribución en especie u otros servicios, en el marco de un sistema de retribución flexible. Dicha contestación inicia su razonamiento indicando que la naturaleza imperativa e indisponible de la normativa de la Seguridad Social hace que esta materia no pueda ser objeto de negociación y supone la irrelevancia de la calificación que un convenio colectivo o contrato de trabajo realice en cuanto al carácter cotizable o no de una determinada percepción económica. Y ello por cuanto la exclusión de la cotización depende únicamente de que esté contenida en los supuestos que recogen los arts. 109 de la LGSS y 23 del RGCL y participen de su naturaleza y finalidad. En este sentido, esta Contestación, tras revisar el art. 23.1 del RGCL concluye, en términos idénticos a los de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que si los conceptos reconocidos en el plan de remuneración flexible *“constituyen efectivamente parte del importe total de las retribuciones a las que tienen derecho los trabajadores, que deben abonar las empresas en virtud de norma, contrato o convenio colectivo, de tal manera que los importes por dichos conceptos son detraídos del salario en efectivo del trabajador, aunque sea el propio trabajador el que opte por la referida reducción de salario, en estos casos, obviamente dichos importes ni son indemnizatorios ni están a cargo de las empresas, ni se abonan voluntariamente por éstas, sino que son remuneraciones debidas al trabajador en razón del trabajo realizado, por lo que, pese a su denominación, han perdido su naturaleza de conceptos excluidos de la base de cotización y, en consecuencia, deben formar parte de la base de cotización sin que proceda su reducción”*. En definitiva, la TGSS sostuvo que si los importes de los conceptos incluidos en un plan de retribución flexible se detraen del salario en efectivo del trabajador, los mismos no tienen encaje en los supuestos excluidos de la base de cotización que se mencionaban en los arts. 109 LGSS y 23 RGCL, lo que significa apostar por una lectura en clave maximalista de la normativa sobre cotización a la Seguridad Social que pese a no contar con valor normativo, beneficia a los trabajadores porque a la postre impide que la retribución flexible conlleve prestaciones más reducidas del Sistema de Seguridad Social.

Pues bien, tras el RD-Ley 16/2013, no sólo se garantizan las bases de cotización previas a la instauración de un plan de retribución a la carta –como pretende la mencionada Contestación–, sino que el grueso de las mejoras a la Seguridad Social y de las denominadas asignaciones asistenciales¹³, que son la mayoría de las percepciones que integran estos planes retributivos, pasa a computar en la base de cotización¹⁴. Es el caso, por ejemplo, de las aportaciones empresariales a planes y fondos de pensiones, de los vales comida –salvo que tengan encaje en la noción de dieta– o de la entrega de acciones, gratuita o a precio inferior al de mercado. Pero lo que debe ser significativo es que más que garantizar las bases de cotización preexistentes al objeto de no perjudicar futuras prestaciones, el legislador de urgencia actúa con

¹³ *Vid.* la nueva redacción del art. 109.2 de la LGSS dada por la DF 1ª del RD-Ley 16/2013.

¹⁴ Con esta reforma, el legislador se distancia de su objetivo declarado en la propia Exposición de Motivos del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, de corregir una serie de diferencias entre el régimen de tributación fiscal y el de cotización a la Seguridad Social. En concreto, esta norma promovió que algunos conceptos –retribuciones en especie que concedía voluntariamente el empresario–, que son considerados como renta en la normativa tributaria, fuesen incluidos también en la base de cotización.

la mira puesta, y de forma expresa, únicamente en la sostenibilidad del Sistema¹⁵, olvidándose además de acomodar el art. 23 del RGCL al reformado art. 109 de la LGSS. Cabe, por tanto, concluir que hoy un plan de retribución flexible difícilmente disminuirá la base de cotización como acontecía con anterioridad al RD-Ley 16/2013. Al contrario, su efecto más probable será el de aumentar dicha base debido a que conceptos que hasta ahora estaban excluidos de la misma, algunos de ellos por completo otros hasta ciertos topes coincidentes con los propios de la normativa tributaria, van a cotizar íntegramente. Y ello va a suponer, de un lado, un aumento de la cuota obrera, que seguramente será bien recibido por los trabajadores ya que conlleva una mayor protección social; pero por otro lado va a implicar también un incremento de la cuota patronal y, por consiguiente, un serio desincentivo para que las empresas mantengan este tipo de planes o los implanten *ex novo*.

Con todo, este incremento de cuotas no se producirá en aquellos casos en los que los trabajadores tengan una base de cotización superior a la máxima (3.597 €/mes en 2014)¹⁶, dado que la implantación del plan de retribución flexible, aun cuando suponga que la base de cotización aumente, ésta deberá ajustarse a la máxima y, por tanto, ni la cuota obrera ni la patronal van a verse incrementadas.

4. ESTABLECIMIENTO DE LOS PLANES DE RETRIBUCIÓN FLEXIBLE SEGÚN SU CLASIFICACIÓN

Desde la perspectiva jurídico-laboral, a la hora de instaurar un plan de retribución a la carta debe atenderse a su encaje con el salario reconocido al trabajador. Ello permite hablar sintéticamente de los siguientes planes¹⁷:

- Planes que van a cargo de parte del salario convencional.
 - Planes que se añaden al salario convencional en sustitución de mejoras contractuales.
 - Planes que se añaden al salario convencional y, en su caso, a las mejoras contractuales.
 - Planes autónomos, aplicables al personal excluido del convenio colectivo.
- Vayamos, pues, por partes.

4.1. Planes que van a cargo del salario convencional

Se trata de planes de retribución flexible a cargo de las prestaciones salariales reconocidas en el convenio colectivo que resulte de aplicación. Dentro de esta categoría cabe distinguir dos supuestos, según si el convenio colectivo autoriza o no la sustitución.

4.1.1. Si el convenio contempla la sustitución

En este supuesto sería suficiente con formalizar el correspondiente acuerdo con los trabajadores interesados en acogerse al plan de retribución flexible de la empresa. El propio convenio colectivo, ya sea sectorial¹⁸ o de empresa¹⁹, puede establecer un régimen de condiciones retri-

¹⁵ De hecho, la propia norma obliga a las empresas a comunicar a la TGSS el importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia o no de su inclusión en la base de cotización a la SS.

¹⁶ Vid. Orden ESS/106/2014, de 31 de enero, por el que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, FOGASA y formación profesional contenidas en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

¹⁷ Cfr. A. Matorras Díaz-Caneja, "La implantación de...", cit., págs. 5 a 11 de 21.

¹⁸ Vid., por ejemplo, arts. 12.4 del XXII cc banca (BOE de 5 de mayo de 2012) y 43 del cc de agencias de viaje (BOE 22 de agosto de 2013).

¹⁹ Cfr., entre otros, art. 56 VIII cc Red Eléctrica de España, S.A. (BOE 31 de enero de 2004), DA 3ª del cc Transformación Agraria, S.A. (BOE 11 de marzo de 2011), art. 42 VI cc European Air Transport Leipzig GmbH (BOE 6 de junio de 2011), art. 42 IV cc Iberdrola (BOE 3 de mayo de 2013) y art. 28 cc de Cepsa Comercial Petróleo, S.A., Cepsa Lubricantes, S.A., Cepsa Gas Licuado, S.A., Cepsa Conveniencia, S.A. y Cepsa Productos Asfálticos, S.A. (BOE de 7 de febrero de 2014).

butivas flexible, a definir en esferas inferiores, reconociendo la posibilidad de alcanzar pactos individuales en esta materia, siempre que se ejecuten dentro de los márgenes convencionalmente previstos. Atendiendo a que el propio convenio configura la obligación salarial como alternativa (art. 1.131 Cc), resulta plenamente intercambiable la entrega de numerario por determinados tipos de prestación en especie²⁰, puesto que no se estaría alterando el objeto de la obligación nacida del convenio, que prevé estructuras retributivas opcionales en función de las preferencias de cada trabajador.

4.1.2. Si el convenio guarda silencio sobre este particular

Con carácter general, los salarios convencionales se cuantifican en dinero porque éste es el medio de cambio por excelencia y es la única unidad de referencia que garantiza en términos absolutos la aplicación homogénea del mínimo salarial fijado en convenio. Con todo, nuestro sistema jurídico-laboral no cierra la posibilidad de convenir individualmente la entrega de prestaciones en especie a cuenta de una parte del salario convencional²¹. De ahí que sea preciso distinguir dos supuestos, según las percepciones in natura tengan o no naturaleza salarial.

a) Cuando la naturaleza de los conceptos elegidos por el trabajador sea salarial –vgr. equipo informático para uso particular–, a pesar del cambio en la forma de abonar el salario, no se produce una inaplicación del régimen convencional, sino que se ejecuta un concreto acuerdo de dación de prestaciones en especie en pago de la deuda contraída ex convenio. La retribución en especie, siempre que resulte idónea para cubrir las necesidades del trabajador y cumpla con la doble limitación contemplada en el art. 26.1 del ET, tiene valor liberatorio de la deuda salarial asumida por la empresa. De ahí que los acuerdos individuales de reconocimiento de prestaciones en especie en pago del salario convencional no deban reputarse contrarios al principio de indisponibilidad de derechos, salvo que del convenio colectivo se desprenda claramente que el pago debe efectuarse en metálico (art. 3.5 ET). El convenio colectivo, en efecto, apunta el valor numérico del salario que puede ser abonado, como indica, el art. 26 del ET, en dinero o en especie.

En todo caso, al verse afectada una parte de la retribución convencional de los trabajadores, a pesar de que el art. 64 del ET nada diga sobre este particular, la implantación de un plan de retribución a la carta debería contar la participación, más o menos activa, de la representación laboral. En efecto, si en el art. 64.5 del ET se reconoce el derecho del comité de empresa a ser informado y consultado en cuestiones tales como la organización de trabajo, reestructuraciones de plantilla, reducciones de jornada, establecimiento de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo, resulta razonable que el establecimiento de un plan de retribución flexible cuente con la participación de los representantes de los trabajadores, ya sea recibiendo información sobre el mismo o permitiendo que participen en su diseño. Y es que, en definitiva, de lo que se trata es de dar cumplimiento a las obligaciones salariales reconocidas en el propio convenio colectivo, viéndose afectados intereses colectivos al diseñarse y ejecutarse una concreta política retributiva²².

b) En el segundo caso, cuando se pretenda sustituir parte del salario convencional por prestaciones de índole extrasalarial, existen dudas sobre si este pacto individual resulta contrario al principio de indisponibilidad de los derechos laborales (art. 3.5 ET). Una línea jurisprudencial distingue entre actos unilaterales de renuncia pura, nulos, y “*actos de disposición condicionada*,

²⁰ Cfr. A. Matorras Díaz-Caneja, “La implantación de...”, cit., pág. 7 de 21, para quien la retribución en especie, aun en el supuesto de presentar apariencia extrasalarial, mantiene su índole salarial.

²¹ Sin embargo, hay quien entiende que se debe “rechazar toda dación en pago por la que el empresario pretenda liberarse con abonos in natura de la obligación de retribuir en dinero, de suerte que, si el pago se estima en metálico, no cabe realizar el pago de otra manera”. Cfr. R. Martín Jiménez, *El Salario en Especie*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 51, citando al prof. García Abellán. También ha manifestado sus dudas, E.M. Blázquez Agudo, “La implantación de...”, pág. 114.

²² Cfr. A. Matorras Díaz-Caneja, “La implantación de...”, cit., pág. 9 de 21.

*cuyo juicio de favorabilidad es variable en función de factores individuales en cuya valoración ha de prevalecer la autonomía individual frente a la colectiva*²³. Así pues, es dable plantearse si la aceptación por parte de los trabajadores de un plan de retribución flexible que incluye algún tipo de prestación extrasalarial a cargo del salario convenio es lícita, por cuanto la implantación de este tipo de planes no constituye una mera renuncia, sino acaso un acto de disposición compensado que otorga un mayor espacio de actuación a la autonomía de la voluntad. Con todo, los supuestos analizados por los tribunales no son comparables a los que ahora interesan, pues mayoritariamente se refieren a trabajadores que, ante la incertidumbre que provoca una decisión empresarial de traslado, solicitan un determinado destino, produciéndose a mi entender un cambio de una condición contractual, cual es el lugar de prestación de los servicios, plenamente lícita a instancia de los trabajadores, y no una mera renuncia a la correspondiente indemnización. De ahí que no quepa trasladar este razonamiento al supuesto ahora analizado.

De otra parte, hay quien entiende que, en la medida en que las prestaciones extrasalariales son a cargo del salario convencional, las mismas se convierten en salariales²⁴. Sin embargo, a mi modo de ver, esta transformación no puede acontecer, por cuanto en materia salarial rige el principio de realidad: las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Por ello, si bien esta consideración doctrinal se podría mantener en el ámbito de la relación empresa-trabajador, a efectos indemnizatorios por ejemplo, la misma no es extensible a las eventuales relaciones con terceras personas (FOGASA, protección de créditos salariales, contratas y subcontratas, etc.).

De ahí que, a mi juicio, si la empresa desea instaurar planes de retribución flexible a cargo del salario convencional debe hacerlo ofreciendo a sus trabajadores prestaciones en especie de carácter salarial. Caso contrario, cuenta con tres mecanismos, que requieren ahora sí la participación activa de los representantes de los trabajadores. Así, cuando el convenio colectivo sea de empresa, cabe la revisión del mismo en esta cuestión (art. 86.1 ET). En cambio, si el convenio colectivo es supraempresarial, puede negociarse posteriormente un convenio colectivo empresarial que, en virtud del art. 84.2 del ET, en materia salarial tendrá preferencia. Sea como fuere, la aplicación de cualquiera de estos dos mecanismos supone que, si se producen extinciones contractuales posteriores, las indemnizaciones correspondientes se van a tener que ajustar al nuevo módulo salarial.

En fin, a falta del preceptivo acuerdo con los representantes de los trabajadores previstos en los anteriores procedimientos, la empresa podría recurrir a la vía de la inaplicación del “sistema de remuneración y cuantía salarial”, prevista en el art. 82.3 del ET, pues directamente se estaría minorando la “cuantía salarial”. Ciertamente, no parece muy acertado que un plan de retribución flexible se establezca por este procedimiento, pues los beneficios en materia de fidelización y motivación de los trabajadores a través de políticas compensatorias a la carta derivan precisamente de su voluntariedad. Sin embargo, no cabe obviar que los trabajadores podrían ver con buenos ojos esta medida empresarial si la alternativa fuese una rebaja salarial pura. En todo caso, importa advertir que el plan de retribución flexible carecería de vocación de permanencia, por cuanto la inaplicación del convenio colectivo estatutario es, por propia voluntad del legislador, limitada en el tiempo. Ahora bien, si el convenio colectivo inaplicado fuese de empresa, el concreto plan ya instaurado podría servir de base para la negociación de la posterior regulación convencional. Por lo demás, a mi modo de ver, si ésta es la alternativa a la hora de instaurar un plan de retribución a la carta, considero que la misma -precisamente por su carácter temporal- no ha de suponer una disminución de las indemnizaciones de los trabajadores que con posterioridad vean extinguidos sus contratos²⁵.

²³ SSTS 27 de abril y 28 de octubre de 1999 (rec. 4985/1999 y 877/1999, respectivamente) y 6 de febrero de 2000 (rec. 1394/1999). Esta línea jurisprudencial ha sido aplicada también por la doctrina judicial. En este sentido, vid. SSTSJ de Asturias de 9 de marzo de 2001 (rec. 296/2000), Castilla y León de 27 y 28 de enero de 2003 (rec. 1247/2002 y 1246/2002), Cataluña de 12 de febrero de 2004 (rec. 498/2001) y Aragón de 15 de marzo de 2010 (rec. 152/2010).

²⁴ A. Matorras Díaz-Caneja, “La implantación de...”, cit., pág. 7 de 21.

²⁵ Cfr. M. Llompart Bennàssar, “Alcance de la reforma laboral en materia de salario”, *T.L.*, núm. 122, 2013.

4.2. Planes que se añaden al salario convencional en sustitución de mejoras contractuales

Dentro de esta categoría, a su vez, cabe distinguir dos hipótesis. En primer término, cuando las mejoras son colectivas, las mismas se pueden reconocer tanto mediante circular u otro procedimiento similar, como por convenio colectivo extraestatutario u otro tipo de pacto informal. Estos beneficios salariales, al derivar de acuerdos de naturaleza contractual, pueden ser objeto de disposición por parte de los trabajadores, a tenor del art. 3.5 del ET, conmutándose por prestaciones en especie, ya sean salariales o extrasalariales. Ahora bien, dada su índole colectiva es aconsejable articular algún mecanismo que encauce algún tipo participación de los representantes de los trabajadores. En segundo término, cuando las mejoras son individuales, debido al carácter liberatorio del salario en especie, en la medida en que este tipo de ventajas son plenamente disponibles para los trabajadores (art. 3.5 ET), el establecimiento del plan cafetería requiere tan sólo un acuerdo con los trabajadores afectados, independientemente de la índole de la prestación *in natura*.

4.3. Planes que se añaden al salario convencional y, en su caso, a las mejoras contractuales

En tanto que estamos en la esfera de mejoras introducidas al amparo de la libertad de empresa, ésta cuenta con un amplio margen de actuación. Acaso, en el supuesto de que en la empresa se aplique un convenio colectivo propio y ésta pretenda instaurar un plan de retribución a la carta dirigido a la generalidad de los trabajadores se debería contar, ya sea a través de la debida información ya sea a efectos decisorios, con la representación laboral.

4.4. Planes autónomos, aplicables al personal excluido del convenio colectivo

Tanto la libertad de pactos y de revisión de los mismos, como la plena disponibilidad consensuada de las prestaciones así convenidas [art. 3.1.c) y 3.5 ET] otorgan un extenso margen de actuación a las empresas a la hora de instaurar este tipo de políticas retributivas por lo que cuentan con una amplia libertad. Además, caso de que estos planes vayan dirigidos al personal de alta dirección, debe destacarse la primacía de la voluntad de las partes en la regulación de los derechos y obligaciones entre las mismas (art. 3 RD 1382/1985). De ahí que la instauración de planes de retribución a la carta dependa única y exclusivamente de la voluntad de la empresa y de este tipo de personal.

5. CUANTIFICACIÓN

Por lo que al presente estudio respecta, la cuantificación de las partidas que integran un plan de retribución flexible debe ser abordada tanto desde el punto de vista del Derecho del Trabajo como del de la Seguridad Social.

En el plano laboral, ya se ha visto cómo implantado un plan de retribución flexible la cuantificación de las percepciones que lo integran cuenta con una significativa trascendencia. Sin embargo, en nuestro Derecho del Trabajo se echa en falta una regulación sobre la valoración de los conceptos en especie. Sólo cabe referirse al Convenio núm. 95 de la OIT, relativo a la protección del salario, que en su art. 4 requiere que la entrega de prestaciones no dinerarias se valore con arreglo a criterios de justicia y razonabilidad, y al Convenio núm. 117 de la OIT, sobre Política Social, que alude también al justo valor en efectivo de artículos y servicios en especie.

En el ámbito de la Seguridad Social, por su parte, sí existen reglas de valoración de las percepciones en especie. En concreto, el art. 23.1 b) c) RGCL dispone que *“las percepciones en especie, a efectos de cotización, se valorarán en la forma establecida para cada una de ellas en el artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, y en los artículos 47 y 48 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”*. Ahora bien, tras la reciente reforma del art. 109 de la LGSS, la inclusión en la base de cotización de conceptos que según el art.

42.2 de la LIRPF no se consideran rendimientos del trabajo en especie y que, por tanto, no tributan, conlleva que estos carezcan de reglas específicas de valoración, siendo obligado analizar el alcance de la remisión que el Derecho de la Seguridad Social efectúa al Derecho Tributario a efectos de cuantificación.

Por lo demás, realizadas estas precisiones, al objeto de examinar cómo deben valorarse las percepciones integrantes de los planes de retribución flexible, conviene distinguir tres categorías: fórmulas que hacen referencia a la entrega o disfrute de bienes de consumo, la participación en el capital de la empresa y los préstamos con un tipo de interés inferior al legal del dinero.

5.1. Percepciones referidas a bienes de consumo

5.1.1. Entrega de efectos no dinerarios condicionados a un fin

Cuando el empresario abona una parte de la retribución flexible con un efecto no dinerario –vales comida o cheques gasolina²⁶– para adquirir algún producto, la determinación económica de la concreta prestación es sencilla, tanto en el ámbito del Derecho del Trabajo como en el de la Seguridad Social, dado que ello tiene una traducción dineraria inmediata.

5.1.2. Entrega de un bien o reconocimiento de un derecho de forma gratuita o por un precio inferior al de mercado

No sucede lo mismo, sin embargo, cuando se entrega al trabajador un bien o se le reconoce un derecho de forma “*gratuita*” –sin que exista compensación de parte de su salario en metálico– o por un precio inferior al de mercado. En estos casos, a la hora de cuantificar este beneficio debe distinguirse según esta operación se realice a efectos laborales o de Seguridad Social.

En la esfera laboral, al no existir normativa sobre la cuantificación de este tipo de ventajas, la solución que aplica la doctrina judicial mayoritaria es la de acudir a las normas de valoración contenidas en la LIRPF, que asimismo sirven para cuantificar las percepciones en especie en la esfera de la Seguridad Social [art. 23 B) c) RGCL]²⁷. Sin embargo, habida cuenta de las diferencias existentes entre el ordenamiento laboral y el tributario, la citada línea judicial ha sido vista con cautela por parte de la doctrina científica, que ha apuntado que no debe admitirse la validez total del concepto tributario de retribución en especie en el plano del Derecho laboral, y, por lo tanto, equipararlo sin más al salario en especie²⁸. Sobre este particular, se ha argumentado que el ordenamiento tributario elabora sus propias nociones con una teleología y sistemática propia y diversa a la del ordenamiento laboral, al tiempo que utiliza los conceptos más amplios de “*rendimiento*” o “*retribuciones en especie*”, mientras que el concepto “*salario*” es más restringido. De ahí que aunque pueda existir un ámbito de intersección, queden excluidos de la noción de salario percepciones que sí encajan en el concepto tributario de retribución en especie, como los planes de pensiones o los seguros que no constituyen, a mi modo de ver, percepciones salariales a efectos laborales.

²⁶ Cfr. STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2003 (rec. 3044/2002).

²⁷ Vid., entre otras, muchas, SSTSJ, todas de Madrid, de 6 de abril de 1992 (rec. 1066/1992), de 13 de junio de 1997 (rec. 747/1996), de 22 de abril de 2003 (rec. 25/2003), de 27 de diciembre de 2005 (rec. 5670/2005). También, SSTSJ País Vasco de 16 de diciembre de 2003 (rec. 1978/2003), Cataluña de 3 de septiembre de 2004 (rec. 86/2003), Castilla y León de 23 de julio de 2007 (rec. 1141/2007), Navarra de 13 de febrero de 2009 (rec. 90/2008), País Vasco de 10 de mayo de 2010 (rec. 427/2010) y Navarra de 19 de abril de 2010 (rec. 8/2010).

En sentido contrario, vid. STSJ de Andalucía de 17 de febrero de 1998 (rec. 3209/1997).

Por su parte, la STSJ de Castilla y León de 29 de mayo de 2001 (Ar. 2487) ha apuntado que las prestaciones en especie deben ser valoradas según criterios de mercado o valor real por ser el más adecuado al contenido oneroso del sinalagma ínsito en toda prestación laboral

²⁸ J.A. Fernández Avilés, *Configuración jurídica del salario*, Ed. Comares, Granada, pág. 300 y 301.

a) Valoración según lo dispuesto en convenio colectivo o contrato de trabajo

Como consecuencia de este recelo se ha incidido, exclusivamente en el ámbito del Derecho del Trabajo, en que sean los convenios colectivos o los contratos de trabajo los que establezcan las correspondientes reglas de valoración de las percepciones en especie²⁹, de modo que a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de la Seguridad Social, la normativa tributaria sólo sea orientativa y no se aplique sin más³⁰. Ahora bien, en relación con la opción de cuantificar este tipo de beneficios según lo dispuesto en convenio colectivo o contrato, en aras a evitar problemas de inseguridad jurídica y eventuales fraudes o abusos, instaurando valores muy bajos –lo que puede perjudicar al trabajador a la hora de calcular deudas salariales o indemnizaciones, si bien le beneficia en el momento en que se proceda al descuento del valor del bien de las cantidades en metálico–, en todo caso, se hace preciso que los valores sean razonables, es decir, que en mayor o menor medida sean coherentes con los precios corrientes en el mercado, sin que supongan valores totalmente desconectados con la realidad³¹. De esta suerte, sin perjuicio de otros, un criterio válido que se podría adoptar es el del coste que le supone el bien a la empresa cuando efectivamente lo tenga, pues habrá ocasiones que tal coste sea inexistente. Por lo demás, si en convenio colectivo se instauran reglas de valoración de las percepciones in natura, el principio de jerarquía determina que la autonomía individual debe ser respetuosa con aquéllas, de suerte que si cuantifica por debajo, el trabajador tendrá derecho a las correspondientes diferencias en metálico³².

b) Valoración según las normas tributarias

En el ámbito del Derecho del Trabajo, en defecto de tales criterios de valoración autónomos y compartiendo la opinión de que la normativa tributaria sólo debe ser orientativa, el manejo de la misma resulta imprescindible³³. En efecto, parece que al legislador laboral la valoración de las prestaciones in natura según las previsiones tributarias le resulta una solución acertada en tanto que en ningún momento se ha preocupado de instaurar una normativa específica sobre esta cuestión. En el plano de la Seguridad Social, por el contrario, el legislador se remite explícitamente las reglas fiscales de valoración de las percepciones en especie [art. 23.1.b) c) RGCL]³⁴.

Pues bien, en la normativa tributaria, la regla general de cuantificación de las percepciones en especie es la referida al “valor normal del mercado”. Esta regla general, no obstante, tiene carácter subsidiario porque si la ley fija una norma específica de tasación para un determinado tipo de retribución, ésta será de aplicación prioritaria. Desde la perspectiva de la cotización, este criterio cobra relevancia a pesar de su valor residual en el plano fiscal. En efecto, tras el RD-Ley 16/2013, al haberse incluido en la base de cotización emolumentos que no tienen encaje en la noción tributaria de rentas en especie y que por tanto carecen de reglas específicas de valoración, se hace preciso el uso de esta regla general de cuantificación. A la hora de aplicarla, a la luz de la normativa tributaria y también de Seguridad Social [arts. 42.1 párr. 1º y 43.1 LIRPF y 23.1 B) a) RGCL], conviene distinguir dos fórmulas³⁵: 1ª) cuando se concede al trabajador “gratuitamente” la pertinente ventaja en especie por el mero hecho de prestar sus servicios, en cuyo caso el importe de la misma se determinará en función de lo que le ha-

²⁹ Vid. STSJ de Andalucía de 29 de abril de 2009 (rec. 517/2009), que aplica la cuantificación acordada de una vivienda, pero por no haberse podido aplicar las reglas tributarias al desconocerse el valor mercado y el catastral.

³⁰ A. Matorras Díaz-Caneja, “El límite porcentual aplicable...”, cit., pág. 5.

³¹ Cfr. A. Matorras Díaz-Caneja, “El límite porcentual aplicable...”, cit., pág. 5.

³² Piénsese el supuesto, por ejemplo, de una retribución en especie que sirve para calcular las gratificaciones extraordinarias o a efectos de calcular una eventual indemnización por despido. Cfr. A. Matorras Díaz-Caneja, “El límite porcentual aplicable...”, cit., pág. 5.

³³ Asimismo, vid. A. Matorras Díaz-Caneja, “El límite porcentual aplicable...”, cit., pág. 5.

³⁴ Cfr. STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2009 (rec. 2680/2009).

³⁵ STSJ de Extremadura de 3 de junio de 1998 (Ar. 2744).

bría costado al trabajador adquirir en el mercado el bien, el derecho o el correspondiente servicio; y 2^a) si la remuneración en especie consiste en la posibilidad de que el trabajador adquiriera un determinado beneficio a un precio inferior al de mercado, supuesto en el que la valoración de la prestación en especie será igual a la diferencia entre el precio normal del mercado y el que ha tenido que abonar el trabajador.

En ambos casos, se toma como referencia el “valor normal de mercado” de la correspondiente ventaja. Esta noción, que constituye un concepto jurídico indeterminado, equivale a la contraprestación que se acordaría entre sujetos independientes, salvo prueba en contrario (art. 40.1 LIRPF). Con todo, no cabe obviar que en la práctica no siempre va a resultar sencillo calcular dicho valor³⁶. En este sentido, a modo de ejemplo, puede señalarse que cuando el trabajador presta sus servicios en el extranjero, parece coherente que la cuantificación de los beneficios en especie se haga de acuerdo con la valoración de los bienes y servicios del lugar de trabajo y no de España³⁷. En todo caso, si se aplica el criterio del valor de mercado, la carga de la prueba de la valía correrá a cargo de quien pretenda ejercitar un derecho de cuantificación sobre la base salarial comprensiva de la especie³⁸.

Sin perjuicio de la citada regla general relativa al valor mercado, el art. 43 de la LIRPF contiene una serie de reglas específicas para la valoración de ciertos bienes y derechos. En concreto se trata de las siguientes (art. 43 LIRPF)³⁹:

1^a) En el caso de utilización de vivienda propiedad de la empresa –no de la entrega, remuneración que se regiría por la regla general–, el valor de la retribución en especie se corresponde con el 10 por 100 del valor catastral⁴⁰. En caso de inmuebles cuyos valores catastrales hayan sido revisados o modificados, o determinados mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de conformidad con la normativa catastral y hayan entrado en vigor a partir de 1 de enero de 1994⁴¹, la cuantificación se corresponde con el 5 por 100 del valor catastral. Y si el inmueble carece de valor catastral o si éste no ha sido notificado al titular, la determinación del salario en especie se corresponde con el 5 por 100 del 50 por 100 del valor del inmueble a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio. En todos estos casos, la valoración de esta retribución no podrá exceder del 10 por 100 de las demás contraprestaciones del trabajo [art. 43.1.1º a) LIRPF]⁴².

Cuando la vivienda no sea propiedad del pagador, la valoración de la misma se efectuará de acuerdo al coste para el pagador, incluido los tributos que graven la operación⁴³.

³⁶Cfr. F. Fernández Prol, “Régimen de cotización a la Seguridad Social de las retribuciones en especie”, A.L., 2002, www.laleyLaboral, pág. 8; R. Martínez Jiménez, *El salario en especie*, cit., pág. 49; y A. Matorras Díaz-Caneja, “El límite porcentual aplicable...”, cit., págs. 4 y 5.

³⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 1997 (Ar. 3936).

³⁸ R. Martín Jiménez, *El salario en especie*, cit., pág. 50; y A. Matorras Díaz-Caneja, “El límite porcentual aplicable...”, cit., pág. 6. Así como SSTSJ de Murcia de 22 de noviembre de 1999 (rec. 1226/1999) y Madrid de 1 de junio de 2000 (rec 1904/2000).

³⁹ Vid., más extensamente, D. Beneyto Calabuig, “La base de cotización a la Seguridad Social: conceptos cotizables y conceptos excluidos de cotización”, *E.F.*, núm. 176, págs. 94 y 95; y C. Moradillo Larios, “Las retribuciones en especie y su nuevo régimen de cotización a la Seguridad Social”, *R.M.T.A.S.*, núm. 1999, pág. 36 y ss, y *El nuevo régimen de cotización a la Seguridad Social de las retribuciones en especie*, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 42 y ss.

⁴⁰ Vid. STSJ de Madrid de 28 de junio de 2005 (Jur. 186274), que a efectos de valoración de la vivienda se remite a la normativa fiscal.

⁴¹ Ley derogada por el RD-Leg. 2/2004, de 5 de enero, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

⁴² Por lo demás, como indican A. Pedrajas Moreno, P. Pedrajas Quiles y T. Sala Franco, *La retribución flexible...*, cit., pág. 90, el valor de la vivienda, a efectos fiscales, se prorrateará en función del número de días que la vivienda esté a disposición del trabajador. Respecto de la valoración de la vivienda en los territorios forales, vid. E.M. Blázquez Agudo, “La implantación de...”, cit., pág. 127.

⁴³ En este caso, según el art. 43.1 1º d) in fine de la LIRPF, “la valoración resultante no podrá ser inferior a la que hubiera correspondido de haber aplicado lo dispuesto en la letra a) del número 1º de este apartado”.

2ª) Si la remuneración en especie viene constituida por la utilización o entrega de vehículos automóviles, el art. 43 de la LIRPF distingue varias posibilidades⁴⁴:

- Si se transmite la propiedad del vehículo la retribución en especie equivale al coste de adquisición para el empresario, incluidos los impuestos⁴⁵.

- Si sólo se permite el uso del vehículo, se hace preciso diferenciar a su vez dos supuestos. Cuando el vehículo sea propiedad de la empresa⁴⁶, el salario en especie viene constituido por el 20 por 100 anual del coste de adquisición para la empresa⁴⁷, de modo al cabo de cinco años se habrá amortizado el coste total del vehículo⁴⁸. Si el vehículo no es propiedad del empleador –por ejemplo, cuando exista un arrendamiento financiero⁴⁹ o leasing a cargo de la empresa– y, en consecuencia, éste debe abonar a un tercero determinadas cantidades por su utilización, la remuneración en especie equivale al 20 por 100 anual del valor de mercado que correspondería al vehículo si éste fuese nuevo. En ambos casos deben incluirse en la valoración los respectivos impuestos, incluido el IVA a pesar de que éste sea deducible para la empresa⁵⁰.

- Si se cede el uso del vehículo y luego se transmite su propiedad al empleado, la respectiva parte de la percepción en especie viene concretada por la valoración resultante del uso anterior del vehículo. En este caso, el valor a tener en cuenta no es el valor de mercado, sino el valor real de adquisición por la empresa, de forma que el trabajador se beneficiará de las ventajas que se le haya ofrecido a ésta⁵¹.

3ª) Las prestaciones en concepto de manutención, hospedaje, viajes y similares se cuantifican por el coste para el empleador, incluidos los tributos que graven la operación⁵². Si, por la razón que fuera, al empresario estos bienes o servicios no le costasen nada, parece que se debería aplicar la regla general, es decir, asignarles el “valor del mercado”⁵³.

4ª) Las primas o cuotas satisfechas en virtud de contrato de seguro u otro similar así como las cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudios y manutención del contribuyente o de otras personas ligadas al mismo por vínculo de parentesco, incluidos los afines, hasta

⁴⁴ Por su parte, en relación con la puesta a disposición de un vehículo adquirido por la empresa mediante un contrato de renting, *vid.* STSJ de Madrid de 22 de abril de 2003 (rec. 25/2003), que entiende que su cuantificación debe efectuarse considerando el total abonado por al empresa en virtud de dicho contrato. *Vid.*, también, SSTS de 20 de abril de 2011 (RUD 2258/2010) y 24 de noviembre de 2011 (RUD 191/2011) y SSTSJ de Navarra de 13 de febrero de 2009 (rec. 190/2008), Navarra de 19 de abril de 2010 (rec. 8/2010) y Madrid de 15 de marzo de 2013 (rec. 6690/2012).

⁴⁵ En un sentido diverso y más específico se ha apuntado que si la empresa compra un vehículo abonándolo mediante el cuotas de financiación mensuales, para cederlo al trabajador, dicha cesión se cuantifica en el importe de las mensualidades citadas. Así lo sostiene F. Fernández Prol, *El salario en especie*, cit., pág. 146, citando la STSJ de Cataluña 4057/1995, de 3 de julio de 1995.

⁴⁶ *Vid.* STSJ de Madrid de 4 de julio de 1997 (rec. 3681/1996).

⁴⁷ *Vid.*, entre otras, SSTSJ de Madrid de 18 de noviembre de 1996 (rec. 3681/1996), Cataluña de 3 de septiembre de 2004 (rec 8699/2003) y sentencia del Juzgado de lo Social de 10 de noviembre de 2004 (procd. 884/2004).

⁴⁸ Cfr. sobre este particular, E.M. Blázquez Agudo, “La implantación de...”, cit., págs. 129 y 130. Asimismo, STSJ del País Vasco de 16 de diciembre de 2003 (rec. 1978/2003).

⁴⁹ Cfr. SSTSJ, todas de Madrid, de 23 de noviembre de 2004 (rec. 4093/2004) y 31 de mayo de 2005 (rec. 809/2005). Por su parte, F. Fernández Prol, *El salario en especie*, cit., págs. 145 y 146, considera que la utilización del vehículo se debe valorar en el 20 por 100 anual de su valor de mercado como tal vehículo usado y no, como indica el legislador tributario, como si el vehículo fuese nuevo.

⁵⁰ *Vid.* A. Pedrajas Moreno, A., P. Pedrajas Quiles y T. Sala Franco, *La retribución flexible...*, cit., pág.

⁵¹ *Vid.* E.M. Blázquez Agudo, “La implantación de...”, cit., pág. 130.

⁵² Repárese en que las dietas está excluidas hasta ciertos topes de la base de cotización en los términos de la normativa tributaria [art. 109.2 b) LGSS y 9 RIRPF], de modo que el exceso de los mismos va a cotizar.

⁵³ C. Moradillo Larios, *El nuevo régimen de...*, cit., pág. 64.

el cuarto grado inclusive, se valoran también por el coste para la empresa. Esta regla entiendo que es la que se debe aplicar a la hora de integrar en la base de cotización ciertas prestaciones que se han incluido en la misma a raíz del RD-Ley 16/2013 y que, según el art. 42.2 de la LIRPF, carecen de la consideración de rendimiento de trabajo en especie. Precisamente por carecer de tal condición cabría entender que deben cuantificarse de conformidad con la regla general, esto es, según su valor normal en el mercado (art. 43.1 LIRPF). Sin embargo, por su analogía con las prestaciones que se acaban de citar, considero que el criterio de valoración debe ser el del coste para el pagador. En concreto, me refiero a las cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador [art. 42.2.e) LIRPF], a las primas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad del trabajador, cónyuge y descendientes⁵⁴ [art. 42.2.f) LIRPF] y a la prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados, a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por un precio inferior al normal de mercado [art. 42.2.g) LIRPF].

5ª) Las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones y las contribuciones satisfechas por las empresas promotoras reguladas en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, las cantidades satisfechas por empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones en los términos previstos por la DA 1ª del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y las cuantías satisfechas por empresarios a los seguros de dependencia se valorarán según su importe [art. 43.1 1º.e) LIRPF].

6ª) En el supuesto de entrega de productos diversos, cuando su realización constituya la actividad habitual de la empresa su valoración no puede ser inferior al precio ofertado al público, que es el previsto en el art. 13 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, deduciendo los descuentos ordinarios o comunes. Se estiman ordinarios o comunes los descuentos ofertados a otros colectivos de similares características a los trabajadores de la empresa, así como los descuentos promocionales que tengan carácter general y se encuentren en vigor en el momento de satisfacer la retribución en especie o que, en otro caso, no excedan del 15 por 100 ni 1.000 euros anuales⁵⁵. Ahora bien, si el beneficio viene constituido por el objeto de producción del propio empresario, no se computa como salario en especie la parte correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido⁵⁶.

Por lo demás, analizadas las distintas regla de valoración previstas en la LIRPF, cabe reparar en que, en la esfera tributaria, la posibilidad del uso mixto de una determinada prestación en especie influye en su cuantificación. En efecto, sobre la base del art. 42.1 de la LIRPF, que define las rentas en especie como la utilización, consumo u obtención, “*para fines particulares*”, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por un precio inferior al normal de mercado (...), en el ámbito tributario y por extensión en el de la Seguridad

⁵⁴ En relación con esta prestación, con la reforma de 2013, la misma va a cotizar íntegramente, si bien de conformidad en el ámbito tributario sólo está sujetas a tributación las primas que excedan de 500 euros anuales por cada una de las personas indicadas por la diferencia entre esta cantidad y el exceso [art. 42.2.f) LIRPF].

⁵⁵ Como indica F. Fernández Prol, “Régimen de cotización a...”, cit, esta previsión tiene por objeto evitar infravaloraciones de los bienes o servicios suministrados, velando por la equivalencia entre el coste empresarial de la prestación en especie y la ventaja económica proporcionada al trabajador.

⁵⁶ Vid. SAN de 18 de septiembre de 2001 (A.L., núm. 6, 2002, SAN -167-), relativa a un supuesto en el que se compensa el suministro de energía eléctrica al descontar una cantidad de salario de la nómina mensual, que incluye la aplicación del IVA. Dicha sentencia, sobre la base de la regulación de este impuesto (art. 7.6 de la Ley 32/1992, de 28 de diciembre), concluye que, siendo salario en especie el suministro de energía eléctrica facilitado por la empresa a sus trabajadores, el IVA no puede ser objeto de retención o compensación.

Social, se aplica el criterio de reparto. El ejemplo típico es el de la concesión de vehículos, que puede se suele ampliar a los fines de semana⁵⁷.

Pues bien, en este concreto supuesto, la aplicación del criterio de reparto supone que dicho beneficio se valore en función de la disponibilidad del vehículo para fines particulares y no para fines empresariales, por cuanto esta última disponibilidad suple gastos de desplazamiento que carecen de carácter salarial⁵⁸.

A mi juicio, no obstante, este criterio de reparto, plenamente consolidado en el ámbito tributario y, por ende, en el de la Seguridad Social, no debería ser aplicado en cuestiones meramente laborales. En efecto, desde una perspectiva estrictamente laboral, la vis atractiva del salario cierra, a mi modo de ver, la posibilidad defendida por algún autor de admitir la naturaleza mixta de ciertas prestaciones que se incluyen en planes de retribución flexible y que son útiles para la prestación de los servicios pero que también son susceptibles de ser disfrutadas por el trabajador fuera de su horario de trabajo, es decir, para sus fines particulares⁵⁹. Pues bien, a mi entender, en la medida en que dejan de ser meros instrumentos de trabajo y suponen para el trabajador una utilidad económica, pasan a convertirse enteramente en parte de la retribución salarial y ello debe tener su correspondiente repercusión a la hora de valorarlos⁶⁰. De hecho, en la propia doctrina judicial existen resoluciones que consideran que, a efectos laborales, el valor de la retribución en especie no se prorratea en función de la disponibilidad del trabajador para su uso particular, sino que debe computar plenamente⁶¹.

5.2. Participación en el capital de la empresa

Respecto de la participación en el capital, debe tomarse como referencia básica “*el valor normal en el mercado*”. Esta percepción salarial hasta el RD-Ley 16/2013 estaba excluida

⁵⁷ *Vid.*, en este sentido, SSTSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2003 (rec. 4456/2003), Madrid de 11 de febrero de 2009 (rec. 3678/2008), Madrid de 27 de noviembre de 2009 (rec. 4335/2009), Galicia de 18 de diciembre de 2009 (rec. 4283), País Vasco de 10 de mayo de 2010 (rec. 427/2010), Navarra de 19 de abril de 2010 (rec. 8/2010), Madrid de 22 de febrero de 2012 (rec. 3522/2011), Castilla y León de 9 de mayo de 2012 (rec. 548/2012) y Madrid de 15 de marzo de 2010 (rec. 6690/2012).

Por su parte, cuando no existe dicha autorización pero el trabajador usa de facto durante los fines de semana del vehículo, la STS de 21 de diciembre de 2005 (RUD 104/2005), concluye en la medida en que dicho uso podía deberse a la mera tolerancia por parte de la empresa o, incluso, a un incumplimiento contractual en este punto por parte del empleado, no puede estimarse como salarial. En este sentido, *vid.*, también, SSTSJ de Madrid de 27 de junio de 2007 (rec. 2233/2007), Andalucía de 18 de julio de 2007 (rec. 1739/2007), Madrid de 15 de octubre de 2007 (rec. 3407/2007), Castilla y León de 15 de noviembre de 2007 (rec. 675/2007), Galicia de 24 de noviembre de 2009 (rec. 3921/2009), Madrid de 2 de diciembre de 2010 (rec. 3040/2010), Madrid de 21 de diciembre de 2012 (rec. 707/2011), Madrid de 23 de diciembre de 2012 (rec. 5614/2011) y Aragón de 13 de marzo de 2013 (rec. 86/2013). Aplicando esta doctrina en sentido contrario, cfr. SSTSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2009 (rec. 4335/2009) y Galicia de 18 de diciembre de 2009 (rec. 4283/2009).

⁵⁸ En concreto, en alguna sentencia se especifica que no es aceptable como criterio de valoración la utilización efectiva o kilometraje, pues el parámetro determinante debe ser la disponibilidad para fines particulares. Cfr. SSTSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2007 (rec. 1141/2007), Madrid de 11 de febrero de 2009 (rec. 3678/2008), País Vasco de 10 de mayo de 2010 (rec. 427/2010), Castilla y León de 9 de mayo de 2012 (rec. 548/2012), Aragón de 13 de marzo de 2013 (rec. 86/2013) y Madrid de 15 de marzo de 2013 (rec. 6690/2012).

⁵⁹ A. Matorras Díaz-Caneja, *Las percepciones extrasalariales* (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicable), Ed. McGraw Hill, Madrid, 1999, págs. 81 y 82; y F. Fernández Prol, *El salario en especie*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 93 y 94.

⁶⁰ *Vid.*, ampliamente, M. Llompарт Bennàssar, *El salario: concepto...*, págs. 295 a 299.

⁶¹ Cfr. SSTSJ de Madrid de 4 de julio de 1997 (rec. 3681/1996), Madrid de 29 de abril de 2003 (rec. 4748/2002), País Vasco de 16 de diciembre de 2003 (1979/2003), Cataluña de 3 de septiembre de 2004 (rec. 8699/2003), Madrid de 23 de noviembre de 2004 (rec. 4093/2004), Madrid de 27 de diciembre de 2005 (rec. 5670/2005), Cataluña de 19 de febrero de 2008 (rec. 8908/2007), Navarra de 13 de febrero de 2009 (rec. 190/2008), Extremadura de 18 de febrero de 2009 (rec. 26/2009) y Navarra de 19 de abril de 2010 (rec. 8/2010).

de la base de cotización en la parte que no excediese de los 12.000 euros anuales por asimilación al ordenamiento tributario, que no lo considera como un rendimiento de trabajo en especie [art. 42.2.a) LIRPF]. Sin embargo, ahora pasa a formar parte de la base de cotización íntegramente, por lo que su cuantificación no sólo es imprescindible en el ámbito laboral sino también en el de Seguridad Social. Pues bien, en la medida en que no existe en el ordenamiento tributario regla específica de cuantificación alguna, debe recurrirse a la general relativa al valor normal en el mercado (art. 43.1 LIRPF). De esta suerte, en el caso de entrega gratuita de acciones a un trabajador, su cuantificación debe hacerse según el valor que tenga el correspondiente paquete de participaciones en el mercado. Y si la entrega se hace a un precio inferior al del mercado, el ahorro que esta operación le supone al trabajador constituye el importe de este tipo de percepción en especie.

En el supuesto específico del reconocimiento de planes de opciones sobre acciones, hay que distinguir dos hipótesis, según si la opción sobre acciones es o no transmisible a terceros⁶²:

1ª) Si la opción es transmisible, dado que existe un mercado de futuro y opciones en el que éstas cuentan con un valor de mercado, su cuantificación debe hacerse precisamente según el valor que tiene la concreta opción en el mercado.

2ª) Cuando la opción no sea transmisible, su cuantificación se efectuará en el momento de producirse su ejercicio efectivo por el trabajador, por el importe correspondiente a la diferencia entre el valor de cotización de las acciones en el momento de proceder el optante a dicho ejercicio y el precio de compra abonado en virtud del plan de opciones⁶³. Y es que ésta será la utilidad patrimonial que se obtiene de la opción⁶⁴. Así pues, como apuntan las SSTs de 24 de octubre de 2001 (RUD 3295/2000 y 4851/2000), este tipo de retribución genera a favor de los trabajadores un beneficio que se caracteriza por su variabilidad o aleatoriedad, característica que puede alcanzar incluso a su propia existencia a lo largo del período de tiempo en que el trabajador puede exigir su cumplimiento⁶⁵. Ahora bien, si el trabajador ejercita las opciones sobre acciones, el complemento salarial vendrá constituido por la diferencia entre el precio fijado de la acción y el precio de la acción en el momento de venta⁶⁶.

5.3. Préstamos con un tipo de interés inferior al legal del dinero

De acuerdo con el art. 43 de la IRPF, se considera como retribución en especie los préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero⁶⁷. Este beneficio debe distinguirse de la ventaja prevista en el art. 29.1 párr. 2º del ET relativa a los anticipos a cuenta del trabajo realizado. Pues bien, los préstamos a un interés inferior al legal del dinero, se cuantifican según la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero en el mismo período⁶⁸.

⁶² F. Fernández Prol, *El salario en especie*, cit., pág. 24.

⁶³ E. Rayón Suárez, "Liquidación y pago del salario. (En torno al artículo 29)", R.E.D.T., núm. 100, 2000, pág. 659.

⁶⁴ SSTs (ud) de 1 de octubre de 2002 (RUD 1309/2001) y 26 de enero 2006 (RUD 3813/2004). También STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2009 (rec. 4335/2009).

⁶⁵ En efecto, antes de la fecha inicial del posible ejercicio no se conocerá la diferencia entre el precio de las acciones en el momento inicial y el que puedan tener en el de venta y, una vez dentro del período en que puede ejercitarse el referido derecho, el valor de las acciones puede cambiar en cada sesión de bolsa y con él la cantidad que pueda obtener el trabajador por ese concepto.

⁶⁶ Sobre cómo computan las opciones sobre acciones en el salario regulador de la indemnización por despido, vid., ampliamente, DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Stock-options e indemnizaciones por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales", *T.L.*, núm. 101, 2009, págs. 53 a 72.

⁶⁷ Aunque en mi opinión, desde un punto de vista estrictamente laboral, esta prestación no es en especie. Vid. M. Llompart Bennàssar, *El salario: concepto...*, cit., pág. 213 y 214.

⁶⁸ Como sostiene E.V. Blázquez Agudo, "La implantación de...", cit., pág. 132, parece que para valorar este beneficio no hay que estar al interés del momento de la concesión del préstamo, sino al de cada momento, si dicho interés es revisable.

En el supuesto de empresas que tengan como actividad habitual la concesión de préstamos, la valoración no podrá ser inferior al precio ofertado al público⁶⁹.

6. MODIFICACIÓN DE LOS PLANES DE RETRIBUCIÓN FLEXIBLE

Establecido un plan de remuneración a la carta, el mismo deberá especificar una serie de cuestiones, como su vigencia⁷⁰, las prestaciones en especie disponibles, la periodicidad con la que el trabajador puede modificar su elección, etc. Pues bien, las eventuales modificaciones de sus términos, condiciones y prestaciones, en la medida en que han sido precisados, si son trascendentes deben considerarse modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, puesto que constituyen variaciones de condiciones disfrutadas en virtud de un acuerdo expreso, ya sea de carácter individual o colectivo. Así pues, aun cuando la instauración de los planes de retribución flexible puede, en los términos ya vistos, llevarse a cabo sin tener que aplicar alguno de los procedimientos legalmente previstos para los casos en los que el salario de los trabajadores se vea afectado, el art. 41 del ET resulta de aplicación a la hora de modificar sustancialmente un plan de retribución flexible ya reconocido, salvo en aquellos casos supuestos en los que la empresa se haya reservado la potestad de variar algunos términos bien sea con carácter general o bien en el supuesto de concurrencia de determinadas circunstancias (vgr. excesiva onerosidad de algunas prestaciones)⁷¹.

7. VALORACIÓN

Una vez expuestos estos extremos referentes a la concepción de las fórmulas de retribución flexible, al porqué de su interés actual, a sus implicaciones jurídicas, a implantación según su tipología, cuantificación y modificación, me resta decir, ya para acabar, que tengo la impresión de que la reforma introducida por el RD-ley 16/2013 va a actuar como una carga de profundidad contra unas fórmulas de ingeniería retributiva, o de salarios a la carta, que estaban comenzando a despegar y a mostrar su virtualidad entre nosotros debido a su pacífica aceptación por empresarios, trabajadores y también por sus representantes. Existiendo una norma mínima del Estado que siempre garantizará un mínimo de salario líquido, o en metálico, a los trabajadores, utilizar argumentos relativos a la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social para negar este margen de actuación a las partes de la relación laboral en los términos ya conocidos no supone, a mi modo de ver, más que diluir con consideraciones de política financiera un genuino espacio para la negociación, colectiva e individual, tan importante para conseguir el objetivo último de desarrollo armónico de la relación laboral.

Es cierto que de esta reforma se puede decir que beneficia a los trabajadores, porque pueden ver incrementadas sus futuras prestaciones. Sin embargo, en mi opinión, la cotización o no de un determinado concepto ha de depender de su índole, salarial o extrasalarial. Por ello, la inclusión de determinados emolumentos en la base de cotización llevada a cabo por la última reforma me parece plenamente coherente con su naturaleza salarial,

⁶⁹ Por este concepto se entiende el previsto en el art. 13 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, deduciendo los descuentos ordinarios o comunes en los términos de los arts. 43.1.1.º.f) de la LIRPF y 48 RIRPF.

⁷⁰ Puede ocurrir que el plan de retribución flexible tenga una duración de un año. En tal caso, como indica la SAN núm. 14/2012, de 3 de febrero, la eliminación de dicho plan no requiere de la aplicación del art. 41 del ET.

⁷¹ Sería el caso del cc de Cepsa Comercial Petróleo, S.A., Cepsa Lubricantes, S.A., Cepsa Gas Licuado, S.A., Cepsa Conveniencia, S.A. y Productos Asfálticos, S.A., que fue firmado el 19 de noviembre de 2013 (BOE 7 de febrero de 2014), cuyo art. 28 prevé que el sistema de retribución flexible quede resuelto en el caso de que se produzcan cambios en la normativa que afecte al coste económico del mismo para las compañías, como ha acontecido con la reforma del art. 109 de la LGSS efectuada por el RD-Ley 16/2013.

como los vales comida⁷² o la entrega de acciones. Sin embargo, la inclusión de otros conceptos, cuya naturaleza es extrasalarial, me parece del todo desafortunada. Serían, por ejemplo, los supuestos de las mejoras a la Seguridad Social —excepto las de IT—, los bienes destinados a servicios sociales y culturales, las primas de contratos de seguro o la prestación de servicios de educación para los hijos de los empleados.

Y es que si se trunca definitivamente la conexión entre la noción de salario y la de base de cotización, como ha sucedido con esta última reforma en aras de poner trabas a la denominada “cotización a la carta” para evitar una evasión de ingresos, la respuesta que se puede hallar en la negociación colectiva presumo que puede ser doble. O bien el mantenimiento de los beneficios en especie a costa de una mayor contención del salario en metálico; o bien la desaparición de estos beneficios, con el fin de conservar el poder adquisitivo de los trabajadores. Ambas respuestas, que se van a justificar por parte de las empresas en la imposibilidad de aumentar el coste laboral por trabajador, van a traer consigo que las perspectivas que se acaban generar a los trabajadores en materia de protección social no se vean en absoluto materializadas y que el aumento de ingresos al Sistema de la Seguridad Social que se espera sea, con casi toda seguridad, meramente coyuntural y no sirva para recomponer su maltrecha situación de déficit.

En definitiva, con esta reciente reforma es más que probable que la retribución flexible vuelva a su lugar de origen, esto es, reservada a un grupo privilegiado de trabajadores cuya base de cotización es superior a la máxima, hecho que permite que la implantación de este tipo de remuneración no genere coste adicional alguno en materia de cotización ni para la empresa ni para el trabajador. Dichos trabajadores, por lo demás, podrán beneficiarse de una reducción de la carga fiscal sobre sus rentas del trabajo, en contraposición con el resto de empleados cuya retribución, a resultas de la reforma acometida en materia de cotización, puede acabar siendo preferentemente en dinero de modo que no podrán acceder a los beneficios fiscales de la retribución en especie.

⁷² La concreta naturaleza de esta percepción depende, como indica la STS de 3 de octubre de 2013 (RUD 1678/2012), de las circunstancias de cada caso. Su carácter será indemnizatorio cuando compensa los gastos que tiene el trabajador al verse obligado a realizar la comida fuera de su domicilio los días de trabajo, mientras que tendrá naturaleza salarial cuando se abone con independencia del trabajo realizado y las circunstancias. *Vid.*, también, STSJ de Madrid de 20 de enero de 2004 (rec. 4825/2003).