

para resolver las cuestiones cuya regulación no hayan previsto las propias partes en el contrato (156).

Para terminar puede señalarse algo que sí viene ocurriendo con frecuencia y es que el personal directivo, incluso el que merezca la calificación de «alta dirección», es incluido en la negociación colectiva a efectos de diseño del cuadro de categorías, grupos profesionales y niveles, aunque luego no le sean de aplicación la mayoría de las cláusulas que conforman el contenido de dicho convenio colectivo. En este sentido, un significativo y todavía reciente ejemplo ofrecido por la negociación colectiva es el del Convenio General del Sector de la Construcción de 1992 (157). En su art.14 se delimita el ámbito personal del mismo, del que queda excluido el personal directivo integrado en el NIVEL I, en el que quedan comprendidos no sólo los altos cargos en el sentido estricto del art.1.2º RDAD, sino también trabajadores comunes. Sin embargo, sobre este particular, y a pesar de lo que hace unas líneas se denunciaba (158), ya ha tenido ocasión de pronunciarse la doctrina en favor de la legalidad de dicha cláusula (159). Contiene, no obstante, una cláusula de salvaguarda de los derechos de los trabajadores que ocupen dichos puestos por promoción interna, en cuyo caso sólo opera la exclusión por el tiempo que se ocupe el cargo y para las condiciones que se deriven del mismo.

LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE PROTECCIÓN SOCIAL: NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO

Por MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ *

SUMARIO: I. Introducción.-II. Noción y ámbito de la institución: 1. Noción. 2. Tipología.-III. Origen y evolución.-IV. Naturaleza jurídica de la institución: 1. Prestaciones de la Seguridad Social. 2. Percepciones salariales o retributivas. 3. Significado del concepto de remuneración. 3.1. Salario base. 3.2. Complementos salariales. 3.3. Prestaciones extrasalariales.-V. Consecuencias jurídicas: 1. A efectos de la Seguridad Social. 1.1. Base de cotización. 1.2. Revalorización. 2. A efectos de las relaciones mediatas de trabajo. 2.1. Responsabilidad empresarial en la contrata y subcontrata. 2.2. Responsabilidad empresarial en la cesión de trabajadores. 2.3. Responsabilidad empresarial en la transmisión de empresa. 3. A efectos de la protección del crédito salarial. 3.1. Los privilegios salariales. 3.2. Fondo de Garantía Salarial. 3.3. Inembargabilidad. 4. Consecuencias jurídicas a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 5. Consecuencias jurídicas a efectos de la prescripción.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se experimenta en España una evolución hacia la promoción de Regímenes de previsión voluntaria, donde la iniciativa privada juega un papel muy importante. La previsión social voluntaria adquiere en la actualidad una especial relevancia ante la manifiesta insuficiencia de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (1). Insuficiencia que se constata ante la imposibilidad del sistema de garantizar una renta sustitución (2), sobre todo a los sujetos perceptores de una renta de trabajo alta o media-alta (3).

Esta tendencia se materializa en dos leyes fundamentales, la Ley 33/1984

- * Profesora Titular de Escuela Universitaria (Universidad de Cádiz).
- (1) BLANCO, J.E. «Las mejoras voluntarias y su contratación colectiva en la Ley de Bases de Seguridad Social». *Rev. de Política Social* nº 61 (1964), pág. 342, señalaba gráficamente que «Cuando la gran nave de la Seguridad Social básica y generalizada hace aguas, es natural que los pasajeros busquen su salvación en los botes de emergencia».
- (2) Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/87, de 21 de julio BJC 76/77, los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones por el hecho de haber cotizado.
- (3) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Pensiones contributivas y pensiones complementa-

(156) S.TS. de 30 de mayo de 1991 (R.3929).

(157) Res. DGT, de 4 de mayo de 1992.

(158) Vid. *supra*, nota nº 155.

(159) El CGSC fue publicado en el BOE de 20 de mayo de 1992 y ya ha sido objeto de análisis detenido por la doctrina en VV.AA. *Comentarios al convenio general de la construcción*, dir. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Madrid, 1993, (en relación con la exclusión del personal del nivel I, vid. págs.79-81).

de 2 de agosto de Ordenación del Seguro Privado y la Ley 8/1987 de Planes y Fondos de Pensiones. Incluso se ha llegado a afirmar que la reducción de la protección de carácter obligatorio que se ha experimentado durante los últimos años, trata de paliar el fuerte déficit del Sistema de Seguridad Social, pero también apunta «el probable propósito adicional de reservar espacios a la previsión complementaria» (4).

La iniciativa privada tiene una amplia variedad de modelos de previsión voluntaria, sobre la base del último inciso del artículo 41 de la Constitución Española (5).

Las modalidades de previsión voluntaria son las siguientes:

- Las mejoras voluntarias previstas en la LGSS, más generalizadas por su tradición histórica y su inclusión en los Convenios Colectivos.
- Los Regímenes de previsión voluntaria, regulados en la Ley 33/84 de 2 de agosto, regímenes que quedaban fuera del Sistema de Seguridad Social aunque se gestionasen por la Tesorería General de la Seguridad Social (6).
- Mutualidades libres y Fundaciones Laborales; las primeras reguladas por el capítulo IV de la Ley 33/84 de 2 de agosto sobre Ordenación del Seguro Privado y su reglamento aprobado por RD 2615/85 de 4 de diciembre, desarrollado por OM 9 de abril de 1987, las segundas por el D. 446/1961 de 16 de marzo.
- Los Planes y Fondos de Pensiones aprobados por la Ley 8/1987 de 8 de junio y desarrollados por el RD 1307/88 de 30 de septiembre. Los Planes y

rias privadas» en *RL* nº 13 (1988) pág. 3, apunta diversos elementos que suavizan el carácter contributivo-profesional de las pensiones públicas señalando que «estas transformaciones tienen un sentido mutualístico-solidario de reparto desigual en favor de las pensiones más bajas y, por ello, en perjuicio o a costa de la posibilidad de obtención o mantenimiento de las pensiones más altas».

- (4) GONZALO GONZÁLEZ, B., «Las funciones de la iniciativa privada de la Seguridad Social española: antecedentes, situación actual y previsiones» en *REDT* nº 50 (1991) págs. 878 y ss. Señala medidas que avanzan hacia soluciones parcial y moderadamente privatizadoras. Para este autor la Previsión Voluntaria es una parte inseparable de la Seguridad Social, en sus palabras la Constitución «le ha dado, en definitiva, la categoría estable de Seguridad Social propiamente dicha».
- (5) RODRÍGUEZ-PINERO, Miguel. «Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas» *op. cit.*, pág. 6, quien señala que «el artículo 41 de la Constitución, claramente se está refiriendo más bien a formas privadas de protección social articuladas a través de las características propias de la previsión social».
- (6) ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social*, décimo tercera edición. edit. Civitas. Madrid 1992, pág. 562 la califica como «Seguridad Social (voluntaria) autónoma en el sentido de que sus prestaciones no complementan pura y simplemente y con su mismo esquema las de la mínima obligatoria». MONEREO PÉREZ, J.L. «El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria» en *Relaciones Laborales* nº 14 (1991) pág. 11 señala que a través ellos podían ser instrumentadas financieramente las mejoras voluntarias directas.

Fondos de Pensiones quedan configurados (artículo 1 de la Ley 8/87) con instituciones de previsión voluntaria libre de origen privado y contractual (7).

El problema, como se recalca por la doctrina, se plantea en la «falta de nuestro sistema de una articulación clara de las funciones a cumplir por cada mecanismo de previsión complementaria y de sus relaciones, y más aún de medida en que pueda ser estructurada desde el propio régimen público y/o de de fórmulas privadas, aunque parece existir una dejación hacia estas últimas» (8).

De las cuatro formas de previsión voluntaria citadas las tres últimas encuentran más cercanas al mundo del Derecho Privado, por ello vamos a centrar nuestro estudio en las mejoras voluntarias donde existen discrepancias doctrinales respecto a su naturaleza jurídica, y ello dada la heterogeneidad existente entre su configuración jurídico formal, asimiladas a la Seguridad Social, y su tratamiento jurídico material a través de la negociación colectiva.

II. NOCIÓN Y ÁMBITO DE LA INSTITUCIÓN

I. Notión

Las mejoras voluntarias vienen reguladas en los artículos 39 y 191-194 de la Ley General de Seguridad Social. De la lectura de estos artículos se deduce que estas mejoras son instauradas por la decisión unilateral del empresario, por la autonomía colectiva formalizada en un convenio o la individual, a través de un contrato. De estas tres vías posibles, el siguiente estudio se centrará en la segunda de las citadas, esto es, mejoras formalizadas en convenio colectivo tanto por razones de forma, dado que están articuladas, como por razones de fondo, en tanto que permiten un mayor juego analítico dentro de las relaciones colectivas entre empresario y representantes de los trabajadores (9).

- (7) Existe una voluntad política de fomentar el establecimiento de planes de Pensiones como una manera de canalizar el ahorro privado, voluntad que se manifiesta en un ventajoso trato fiscal que se da a los referidos Planes de Pensiones. Tanto la Ley como el Reglamento prevén varias modalidades de Planes de Pensiones: Planes de Pensiones del denominado sistema asociado; Planes de Pensiones de empleo.
- (8) ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones...* *op. cit.*, pág. 556 en el mismo sentido RODRÍGUEZ-PINERO, M. «Pensiones contributivas y pensiones complementarias», *op. cit.*, pág. 7, para quien «resulta claro que la defensa de la eficacia protectora del sistema público no excluye, sino que incluso exige, una clarificación del papel que ha de corresponder a las prestaciones complementarias de Seguridad Social en régimen de gestión privada...».
- (9) Sobre el concepto, GARCÍA BECEDAS, G. «La Seguridad Social Complementaria en España». *Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, Alicante 1992, pág. 20. DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C. «Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia» *REDT* nº 62 (1993) pág. 871.

El papel de la negociación colectiva viene determinado por el artículo 37.1 de la Constitución Española que reconoce la facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios para regular sus intereses a través de la negociación colectiva, desarrollado por el artículo 85.1 del E.T., el cual dispone que «Los convenios colectivos podrán regular materias de índole asistencial...». En este sentido el artículo 21.3 de la Ley General de Seguridad Social señala los límites de la autonomía colectiva al disponer que la «Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva», salvando el supuesto de las mejoras voluntarias, que podrán complementar el nivel básico y mínimo del Sistema de Seguridad Social. Es éste otro rasgo relevante, ya que limita el campo en el que es posible la actuación de la autonomía colectiva.

Del tenor literal del artículo 39 de la LGSS se deduce que los pactos en materia de Seguridad Social instrumentados a través de las mejoras voluntarias, deben necesariamente completar (10), la protección dispensada por el Sistema de Seguridad Social, con la única finalidad de mejorar, el nivel básico del Sistema de Seguridad Social, no se trata de suplantar sino de perfeccionar el nivel mínimo.

Por tanto, y atendiendo al contenido del artículo 39 de la LGSS, es evidente que esta mejora debe coincidir con el objeto, sujeto y contingencia del Sistema básico de Seguridad Social. Sin embargo, de hecho, los convenios colectivos vienen ampliando el ámbito material inicialmente establecido en el citado artículo, de tal forma que protegen contingencias no incluidas en el Sistema Público. Esto pudiera parecer una extralimitación en la permisibilidad del artículo 39 de la LGSS, sin embargo es coherente con la amplia regulación de la negociación colectiva realizada por el artículo 37.1 de la Constitución Española y por el artículo 85 del E.T. que no restringe el ámbito material posible de la negociación, ya que el citado artículo contiene una cláusula general y abierta que acoge la posibilidad de regular todas las cuestiones de interés para los trabajadores y empresarios, planteándose la posible inconstitucionalidad del artículo 39 de la LGSS que expresamente limita el ejercicio a la negociación colectiva en esta materia.

En cuanto a la gestión de las mejoras voluntarias, las empresas pueden realizarla por sí mismas o concertarlas a través de las entidades que se mencio-

(10) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y GONZÁLEZ ORTEGA, S. «La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma» en *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*. Edit. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid 1985 págs. 281-282, señalan que cuando se utiliza el término complementario se está haciendo referencia a «a) algo que ostenta un lugar secundario respecto de algo, principal que es precisamente aquello que es complementado; en caso contrario la formulación sería la inversa; b) la acción de complementar significa hacer íntegra o perfecta otra cosa, pero sobre la base de que lo complementado es autónomo, bastante suficiente a se; c) lo complementario es, por contra adicional, meliorativo, un plus sobre algo con entidad y sustancia propia en relación a un objetivo idéntico».

nan en el artículo 193 de la LGSS, corre a cargo del empresario o como excepción puede convertirse una aportación económica de los trabajadores previ aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, requisito éste último que pudiera haber sido derogado siquiera tácitamente, dado que constituye un clara restricción al derecho a la negociación colectiva consagrado en el citado artículo 37.1 de la C.E. (11).

Las mejoras voluntarias pueden llevarse a cabo a través de un doble procedimiento (12): Mejoras directas y establecimiento de tipos de cotización adicional.

En este último supuesto, las aportaciones empresariales y de los trabajadores mantienen la misma proporcionalidad que en el tipo inicial de cotización salvo que los empresarios asuman proporción mayor a la totalidad de la cantidad resultante. Para la creación de mejoras por tipos de cotización adicionales según se dispone en el artículo 194 de la LGSS, es necesaria la aprobación de Ministerio de Trabajo (13).

Son las mejoras directas el cauce elegido por los representantes de los trabajadores y empresarios, dado el sencillo procedimiento de su creación, frente a la complejidad y fuertes controles administrativos de las mejoras voluntaria por establecimiento de tipos de cotización adicionales, dificultad que ha provocado su inutilización haciéndose impracticables, constituyéndose desde su inicio como una vía legal «muerta» (14).

Precisamente por este hecho centramos nuestro estudio en las mejoras directas, diferenciándolas de aquellas percepciones que los trabajadores reciben de sus empleadores como prestaciones asistenciales, «relativas a fine

- (11) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Norma estatal y norma colectiva», *RL* nº 21 (1987) pág. 3. «El artículo 37.1 reconoce el poder normativo de las partes sociales, que deriva así no ya meramente de un reconocimiento legal sino de un reconocimiento constitucional que la Ley meramente ha de garantizar».
- (12) En la Orden de 28 de diciembre de 1966, las mejoras voluntarias podían efectuarse a través del aumento de las bases de cotización, las mejoras directas y el establecimiento de tipos de cotización adicionales. Con posterioridad la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Seguridad Social de 21 de junio de 1972 redujo los tipos de mejoras posibles: las mejoras directas y mejoras mediante el establecimiento de tipos de cotización adicional. En 1984 la Resolución de 26 de diciembre se congela y prohíbe las mejoras por aumento de la base de cotización y declara como indebidas las cotizaciones por bases mejoradas.
- (13) Con anterioridad al RD Legislativo 1/94 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, tenían que prever un sistema de unidad financiera que garantizase, conjunta e indiferenciadamente, el pago total de las pensiones reglamentarias y de sus mejoras, y han de establecerse para todos los empresarios y trabajadores encuadrados en una Mutualidad Laboral. Además debían ser aprobadas, por mayoría cualificada, por la Asamblea General de la Mutualidad Laboral o por el conjunto de Mutualidades correspondientes.
- (14) CASAS BAAMONDE, M.E. *La autonomía colectiva y Seguridad Social*. Edit. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1977. pág. 264.

formativos, culturales, deportivos, recreativos; los créditos no reintegrables en su totalidad o en parte para atenciones extraordinarias personales o familiares; las relativas a economatos, comedores o instituciones de esa misma índole».

2. Tipología

Resulta absolutamente necesario analizar los tipos de mejoras que se utilizan en la negociación (15), aunque sea de forma esquemática.

Las mejoras directas pueden clasificarse entre aquéllas que lo son en sentido estricto, es decir utilizan los mismos términos y complementan a una prestación del Sistema de Seguridad Social, y mejoras en sentido amplio comprendiendo aquéllas en las que se utilizan como mera referencia las contingencias que aparecen en la Ley, pero los convenios colectivos utilizan una técnica de protección diferente de la del Sistema de Seguridad Social; y por último, las que protegen situaciones de necesidad no contempladas por el Sistema de Seguridad Social (16).

Las mejoras directas en sentido estricto más numerosas, son las que tienden a completar la prestación por Incapacidad Laboral Transitoria ya sea, obligando al empresario a pagar el salario los tres primeros días, aunque en ausencia de tal pacto, el artículo 68 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, dispone que «el trabajador percibirá el 50% de su salario, sin que este beneficio pueda exceder de cuatro días al año», ya sea aumentando el porcentaje de la prestación o el contenido de las retribuciones que se tendrán en cuenta para fijar la mejora. Dentro de este grupo de mejoras se incluirían también las que tienden a completar la prestación por Invalidez.

El segundo tipo de mejoras, esto es, mejoras en sentido amplio, comprende: a) las que incentivan la jubilación anticipada mediante indemnizaciones a tanto alzado dependiendo de la edad y antigüedad del sujeto beneficiario, b) premios a la jubilación, c) ayudas familiares, d) ayudas por defunción, d) seguros en casos de accidentes de trabajo, etc.

Por último en las mejoras ajenas al Sistema de Seguridad Social, se incluirían ayudas por matrimonio, y por nacimiento de hijo (17).

(15) Un estudio en profundidad sobre la articulación de las mejoras voluntarias en los convenios colectivos, véase entre otros a GALLARDO MOYA, R. «Las mejoras complementarias del Sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva» *RL* nº 23, 1991, págs. 476 y sigs. ALONSO SAURA, J.L. «Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los convenios colectivos», *D.L.* nº 32, 1990. DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C. «Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 871.

(16) En el mismo sentido GALLARDO MOYA, R. «Las mejoras complementarias del Sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva», *op. cit.*, págs. 476 y sigs.

(17) Si bien posiblemente no es el ejemplo más acertado pero sí el más pedagógico. En

III. ORIGEN Y EVOLUCIÓN

El origen de la regulación de las mejoras voluntarias lo encontramos en el Decreto 56/63 de 17 de enero y en la Orden de 27 de junio de 1963 que lo desarrolla (18). Los objetivos que perseguía el Decreto 56/63 eran por un lado canalizar las formas complementarias de Seguridad Social procedentes de la iniciativa empresarial o de la negociación colectiva, a través de un sistema de prestaciones libremente concertadas con instituciones de Seguridad Social, y por otro evitar la proliferación de regímenes complementarios (19).

este sentido DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. «Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 884 señalan que «el mantenimiento de tales mejoras suele responder en la mayoría de los casos a la de la simple inercia de las partes negociadoras, intuyéndose asimismo, un proceso de retroceso en el reconocimiento de dicha protección complementaria».

(18) En el Preámbulo del citado Derecho se exponían los motivos que determinaron su aparición en tal sentido se declaraba que «El régimen de libertad en la fijación de las retribuciones instaurado, tanto por la Ley de 24 de abril de 1959 sobre convenios colectivos sindicales como por el Decreto de 21 de marzo de 1958 sobre mejoras voluntarias, ha repercutido intensamente, en sentido negativo, sobre la Seguridad Social; en efecto en numerosos convenios colectivos sindicales y en más numerosas aún mejoras voluntarias concedidas, las partes pactantes o concedentes, haciendo uso de la libertad que el ordenamiento concedía, han establecido mejoras salariales exentas en todo o en parte de cotización para seguros sociales y, en dirección mucho más discutible, en algunas ocasiones han ido al establecimiento de costosos sistemas individualizados de Seguridad Social. Ello ha generado, aparte de un empobrecimiento general del sistema de Seguridad Social, una disminución cuantiosa de las prestaciones proporcionales a los salarios al tener que tomarse como tales, forzosamente los de cotización, que ha quedado muy por debajo de los reales en virtud del fenómeno descrito». RIVERO LLAMAS, J. «Los Regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social». *Rev. de Política Social* nº 61 (1964) págs. 326-327. Expone la situación que intenta subsanar el Decreto de 17 de enero de 1963 señalando que el desarrollo de los regímenes complementarios, surge «como producto de la desconexión entre salarios reales-salarios de cotización-prestación», produciendo efectos tales como «falta de solidaridad social que se ponía de manifiesto con tales regímenes, al crearse sectores privilegiados en una coyuntura en la cual las prestaciones del régimen general no podían estar al nivel mínimo de subsistencia...» al tratarse normalmente de colectivos reducidos suponía, un «financiamiento costoso, aparte ya, de actuar tales regímenes como freno a la movilidad de la mano de obra, ya que no estaban resueltos en la mayoría de los casos los problemas de la coordinación para hacer posible la consiguiente conservación de los derechos en curso de adquisición, por ser en la mayoría de los casos regímenes a nivel de empresa...».

(19) CASAS BAAMONDE, M.E. *La autonomía colectiva y Seguridad Social*, *op. cit.*, págs. 251 y ss. MARTÍN VALVERDE, A. *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1970, págs. 39 a 44.

Se ha subrayado por la doctrina el carácter defensivo del Decreto 56/63, en el sentido de que las mejoras voluntarias se crean más para suprimir los regímenes complementarios, que para incentivar la acción social de la iniciativa privada (20). Es evidente que la regulación llevada a cabo por el Decreto 56/63 pretendía la máxima integración posible entre las mejoras voluntarias y los regímenes de previsión obligatorios (21). No obstante, como se ha señalado, persisten dos tendencias antitéticas ya que, mientras por un lado se declaraba la exclusión de la seguridad social del ámbito de la contratación colectiva, salvo las excepciones que se establecían en la propia Ley, por otro lado se autorizaba el establecimiento de las mejoras directas, las únicas que permanecen desconectadas del sistema tanto en su gestión como en su financiación (22).

La Ley de 28 de diciembre de 193/63 Ley Bases de Seguridad Social en su número 59, Base 13ª, dedicada a la cotización, mantuvo las directrices marcadas por el Decreto 56/63 introduciendo importantes modificaciones: limitó el establecimiento de mejoras directas ya que, a partir de la Ley de 193/63, éstas sólo eran posibles una vez que las mejoras de las bases de cotización hubieran llegado a su máximo (23); amplía el número de entidades con las que podía concertar el empresario la mejora directa (24), por último sustituye el convenio con las entidades gestoras previsto en el Decreto 56/63 por la aprobación del Ministerio de Trabajo (25).

(20) MARTÍN VALVERDE, A. *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, op. cit., pág. 43. GONZALO GONZÁLEZ, B. «Las funciones de la iniciativa privada de la Seguridad Social: antecedentes, situación actual y previsiones», op. cit., pág. 865 califica el Decreto 56/63 de «ordenación obstruccionista y restrictiva de las dos funciones características de la iniciativa privada en la Seguridad Social: la colaboradora y la complementaria».

(21) MARTÍN VALVERDE, A. *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 78 y 140-141, considera que la denominación «mejoras voluntarias», habría de estar reservada a las mejoras por establecimiento de tipos de cotización adicionales, señalando una grave incorrección técnica que consiste en «incluir mercancías diferentes bajo un mismo pabellón».

(22) CASAS BAAMONDE, M.E. *La autonomía colectiva y la Seguridad Social*, op. cit., págs. 256-258 señala que el legislador se vio abocado a introducir cauces ágiles y flexibles creados por los pactos colectivos «si éste quería que el régimen de prestaciones complementarias por el instaurado gozase de una mínima efectividad práctica».

(23) RIVERO LLAMAS, J. «Los Regímenes complementarios en la Ley de bases de la Seguridad Social», op. cit., pág. 333 apunta que una de las finalidades de la Ley de bases era la de «cortar regímenes creados por convenio colectivo que originen su propio montaje interno gestor y financiero para el otorgamiento de las prestaciones complementarias... impulsando el régimen de cotización adicional».

(24) El empresario podía establecerla directamente o a través de Fundaciones Laborales, Obras Sindicales, Mutualidades de Previsión o Entidades aseguradoras de todas clases.

(25) MARTÍN VALVERDE, A. «Las mejoras voluntarias de Seguridad Social», op. cit., pág. 44, señala que persiste en la LBS el carácter defensivo y corrector del

Lo dispuesto por la Ley de Bases se recogió en los artículos 178-185 de la Ley de Seguridad Social y en la Orden de 28 de diciembre de 1966 que la desarrolla. Posteriormente se han dictado dos Órdenes una de 28 de septiembre de 1968 y otra de 25 de marzo de 1969 de actualizando la tarifa de las mejoras voluntarias de las bases de cotización. Este modelo se plasma en líneas generales en la Ley General de Seguridad Social en los artículos 181-185, (D. 2065/1974) si bien con una importante modificación consistente en la no inclusión de las mejoras voluntarias por aumento de las bases de cotización (26). Por último este sistema se incorpora en los artículos 191 a 194 del Real Decreto Legislativo 1/94 de 20 de junio por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN

La naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias ha suscitado y sigue suscitando un debate entre la doctrina distinguiéndose dos posturas claramente enfrentadas.

1. Prestaciones de la Seguridad Social

Una parte de la doctrina desde un concepto amplio de Seguridad Social complementaria, en la que se integrarían, tanto las medidas de asistencia social y servicios sociales, como las mejoras voluntarias, señala que la Seguridad Social complementaria tiene como finalidad principal, la protección de necesidades sociales y como objeto, el dispensar unas rentas que pueden ser adicionales o suplementarias y sobre contingencias que pueden coincidir, pero no necesariamente con los instrumentos protectores de la Seguridad Social Obligatoria (27). Afirman que las mejoras voluntarias forman parte de la Seguridad

Decreto 56/63, «como lo prueba el hecho de que las mejoras se regulen en la base referente a la cotización».

(26) Un estudio más profundo sobre el tema en ZORRILLA RUIZ y MANRIQUE LÓPEZ, V.F. «Vigencia del régimen de bases mejoradas como mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social». AL. nº 31-1987, pág. 1.618 y ss. MARTÍN LUCAS, S.A. «Las mejoras voluntarias por aumento de la base de cotización» en *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Departamento de Derecho del Trabajo, Universidad de Alicante. Tirant lo Blanch. 1993. pág.

(27) BARRADA, A. «Los Derechos de Seguridad Social en la Constitución Española de 1978». *Revista de Seguridad Social* nº 2, págs. 64-67 distingue dentro del «régimen público» un núcleo «preceptivo» de prestaciones básicas y un sistema periférico «libre» de prestaciones complementarias, concluyendo que «dentro del régimen público coexistirán un núcleo preceptivo de prestaciones básicas, con un sistema libre de prestaciones complementarias, como que junto a un régimen público de Seguridad Social podrá coexistir un régimen privado, que naturalmente puede

Social Complementaria, de tal forma que el Seguro Privado como protector de necesidades sociales, se introduce en la Seguridad Social basándose en el último inciso del artículo 41 de la Constitución y específicamente en la Orden de 29 de noviembre de 1973 que desarrolla el Decreto de ordenación del salario, el cual le atribuye la consideración de prestaciones de la Seguridad Social (28). La Jurisprudencia, prácticamente de forma unánime, otorga también a las mejoras voluntarias naturaleza de prestaciones de la Seguridad Social (29).

Así las mejoras voluntarias aun cuando no reúnan los caracteres propios de nuestro Sistema de Seguridad Social, esto es, Público y Obligatorio forman parte inseparable del Sistema, afirmándose, que aunque el Estado no las garantiza y son libremente acordadas, «ello no obsta a que una vez establecidas quedan integradas en el campo de aplicación de la Seguridad Social en cuanto a su regulación jurídica» (30), no siendo posible una identificación entre salario y mejoras voluntarias «toda vez que a través de aquéllas se procura garantizar unos beneficios para el caso de inactividad» (31).

ser libre». En el mismo sentido ALMANSA PASTOR, J.M., *Curso de Derecho de la Seguridad Social* Tecnos 7ª edición Madrid 1991, pág. 518 y ss. también en «Gestión e iniciativa privada» en *Papeles de Economía Española* nº 12/13, Madrid 1980, pág. 172. GONZALO GONZÁLEZ, B. «Las funciones de la iniciativa privada de la Seguridad Social española: antecedentes, situación actual y previsiones», *op. cit.*, pág. 868 para quien el artículo 41 de la Constitución «habla de las prestaciones libres complementarias», como contenido propio del sistema institucional de Seguridad Social, de tal forma que la previsión voluntaria ha pasado a ser tan Seguridad Social como la obligatoria. «Una como otra son partes inseparables de un único entramado institucional destinado al cumplimiento del fin público de la liberación de las necesidades sociales». ALONSO OLEA, M. «Instituciones de Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 553 y ss., engloba a los Regímenes complementarios y Seguros Privados en lo que él denomina Seguridad Social Voluntaria, esto es, aquélla que concede prestaciones no previstas en absoluto por el Régimen Público de Seguridad Social a los incluidos dentro de su ámbito o asegurando a personas fuera de éste último ámbito.

(28) ALMANSA PASTOR, J.M. «Curso de Derecho de la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 157 y 526.

(29) En consecuencia atribuye a estos complementos los caracteres propios de las prestaciones de Seguridad Social, pronunciándose en tal sentido en STS 29 de marzo de 1985 (A 1459); 15 de julio de 1985 (A 3774); 12 de marzo de 1986 (A 1309); 19 de mayo de 1986 (A 2578); 12 de junio 1986 (A 3537); 8 de julio 1986 (A 3995); 15 de enero 1987 (A 32); 14 de abril de 1987 (A 2760); 5 y 19 de julio 1988 (A 5757, 6199); 10 de febrero de 1989 (A 725); 10 de abril de 1989 (A 2953); 15 de mayo de 1990 (A 4333). Sentencias del Tribunal Central de Trabajo 30 de mayo de 1985 (A 868); 23 de enero de 1987 (A 1326); 10 de febrero de 1987 (A 2930); 23 de abril de 1987 (A 8457); 21 de mayo de 1987 (A 10851); 10 y 22 de mayo de 1989 (A 3622, 3724).

(30) ALONSO SAURA, J.L. «Las mejoras voluntarias y prestaciones complementarias de la Seguridad Social en los Convenio Colectivos», *op. cit.*, pág. 86.

(31) ZORRILLA RUIZ, M.M. y MANRIQUE LÓPEZ, F. «Efectos de una reforma regresiva de las Leyes sociales en las mejoras consignadas en los convenios colectivos», en *RSS* nº 26, (1985) págs. 33 y ss.

En síntesis este sector doctrinal admite la iniciativa privada en el Sistema de Seguridad Social, a través de las mejoras voluntarias. Sin embargo este planteamiento merece a nuestro juicio ciertas críticas:

1.- La previsión voluntaria se basa en principios contractualistas propios del Derecho Privado, materializándose en un acuerdo de voluntades, ya sea individuales o colectivas. Este planteamiento choca a todas luces con el Sistema de Seguridad Social diseñado fundamentalmente por el artículo 41 de la Constitución Española, en el que se ordena el mantenimiento de un «régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos», destacando el principio de publicidad que se caracteriza, por ser un régimen preceptivo y obligatorio para todos los ciudadanos, que son sus destinatarios, regulado básicamente por Ley, en el cual su sistema económico deberá establecerse exclusivamente por el Estado, que tiene plena libertad para articular la forma de financiación cuya gestión admite técnicas diversas, pero todas ellas, son las correspondientes a un servicio público (32).

Partiendo de estas afirmaciones es evidente que el carácter público esencial a todas las prestaciones, se contraponen con las notas de libertad y privacidad tanto en el establecimiento, como en la gestión, y financiación de los regímenes de previsión voluntaria, y en concreto las mejoras directas. En efecto las mejoras directas son financiadas a través de aportaciones del empresario, quien bien las gestiona éste directamente o a través de una entidad privada, en virtud del vínculo jurídico de la prestación de servicio.

2.- Mientras que el Sistema de Seguridad Social es un sistema obligatorio impuesto por Ley, en las mejoras directas el acto de creación es siempre voluntario (33), aunque una vez establecidas devengan obligatorias para el empresa-

(32) En este sentido GONZÁLEZ SUÁREZ, F. «La Seguridad Social y la Constitución de 1978», *PEE* nº 12/13, págs. 124 y ss. FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. «El servicio público de Seguridad Social», *Revista de Seguridad Social* nº 15 (1982), págs. 210 y ss. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y ALARCÓN CARACUEL, M.R. *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 49-50. APARICIO TÓVAR, J. *La Seguridad Social y la protección de la salud*. Cívitas, 1989, págs. 108-112. SALVADOR PÉREZ, F. «Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social», *REDT* 43 (1990), págs. 513 y ss.

(33) En el mismo sentido MONEREO PÉREZ, L. «La noción legal del Plan privado de pensiones» en *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Edición preparada por el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Granada. Edit. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 1991, pág. 421. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Norma estatal y norma colectiva», *op. cit.*, págs. 2 y ss. «aunque el valor normativo del convenio tenga su origen en la Constitución y la interposición legislativa sólo resulta necesaria para garantizar su efectividad, ello no significa una igualdad de rango ni aún menos una prevalencia o primacía del convenio colectivo sobre la norma legal», también en «Valor cuasi-legal de los convenios colectivos» *RL* Tomo I (1987), págs. 33 y ss. OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Sindical* Tecnos 6ª ed. 1992, págs. 654-657. «Los CCT permanecen en el campo privado del Derecho, como contratos entre particulares.

rio, no pudiendo ser anuladas o disminuidas, si no es de acuerdo con la norma que regula su reconocimiento, es decir, cuando el propio convenio que la estableció lo prevea expresamente. En definitiva, la diferencia entre la voluntariedad y la obligatoriedad de una determinada prestación, estriba en si su concesión viene impuesta por Ley o por una norma pactada, así mientras que una prestación obligatoria viene impuesta por Ley, las mejoras directas no vienen impuestas por ninguna norma legal, sino que su creación se produce «ex novo» y de forma voluntaria o pactada, en el convenio colectivo o contrato individual.

Por tanto, es factor determinante de la calificación la fuente jurídica de producción, de tal forma que, por ejemplo el pago realizado por el empresario, en virtud de la reforma operada por RDL 5/92 de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes la prestación económica de Incapacidad Laboral Transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral correspondiente al período comprendido entre los días cuarto al decimoquinto ambos inclusive, se atribuye a cargo del respectivo empresario. A partir del decimosexto día de baja, y aún cuando la materialidad del pago de la prestación se continúe llevando a cabo, en concepto de pago delegado, por el mismo empresario, la responsabilidad del abono de la prestación incumbe a la correspondiente Entidad Gestora de la Seguridad Social. Del artículo 6.1 del citado Real Decreto-Ley se desprende que dicho período es responsabilidad del empresario por imposición legal y no por una obligación derivada del convenio colectivo. Por esta razón en el supuesto en que un trabajador, hallándose en situación de incapacidad laboral transitoria y habiendo comenzado a percibir de su empresario el correspondiente subsidio, vea extinguida su relación laboral antes del decimosexto día de baja tal responsabilidad no es imputable al empresario sino al Instituto Nacional de la Seguridad Social, como así se dispone en la Resolución de la Dirección General del I.N.S.S. de 27 de octubre de 1992.

3.— Mientras que las pensiones públicas son gestionadas por el Estado, las mejoras directas tienen una gestión privada, bien directamente por el empresario o a través de entidades mercantiles, regidas por las técnicas de funcionamiento del contrato de seguro privado, basadas en el cálculo actuarial para garantizar el fin lucrativo (34), técnicas que, por otra parte, se contraponen con

clasificables en la categoría de acuerdos normativos, si bien el sustancial apoyo de la Ley los impulsa al límite de las posibilidades privadas, hacia la frontera con el Derecho Público» «... sin ese consentimiento, sin ese acuerdo, en resumen, sin el esquema contractual por delante, el convenio no nace a la vida». ARMENDI SÁNCHEZ, P. «Competencia del Orden Social en materia de previsión social voluntaria» *RTSS I* (1991) pág. 34 define la previsión social como «el conjunto de mecanismos e institutos jurídicos, cuya finalidad es la previsión social y que no forman parte del régimen público y obligatorio de la Seguridad Social».

(34) GONZÁLEZ ORTEGA, S. y ALARCÓN CARACUEL, M.R., *Compendio de Seguridad Social, op. cit.*, pág. 49. BLANCO MARTÍNEZ, R. «Los Planes y

los criterios solidarísticos del sistema, en el que como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1987 de 21 de julio (35), la equivalencia entre cotización y prestación no es de «índole estrictamente matemática ni puede equipararse con la que se deriva de una relación contractual como ocurre en el seguro privado».

Lo que sí es cierto es que las mejoras directas guardan una estrecha relación con el Sistema de Seguridad Social, no sólo en su origen (36), sino también en el ámbito subjetivo del Sistema, y en las técnicas protectoras de las prestaciones del Sistema a las que toman como modelos (37). En efecto en el origen normativo de las mejoras voluntarias se manifestaba esa voluntad de incorporarlas al Sistema de Seguridad Social, pero es evidente que la experiencia negocial ha demostrado que esa equiparación era ficticia, porque se trata de una institución de previsión social voluntaria y privada.

2. Prestaciones salariales o retributivas

Son muchos los autores que partiendo de un concepto amplio de salario, desligado de la estricta prestación material del trabajo y, acercándolo al concepto de retribución genérica, se inclinan a calificar estas mejoras directas como

Fondos de pensiones» mesa redonda celebrada en Sevilla el día 15 de diciembre de 1988, organizada por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en *Temas Laborales* nº 14 (1988) pág. 95, refiriéndose a los planes de pensiones señalaba que «a diferencia de las cotizaciones de la Seguridad Social que no son sino una forma de cálculo de la financiación del sistema público de evidente naturaleza impositiva, en las aportaciones al plan por parte de las empresas no existe esa dimensión jurídica pública. Se trata, por el contrario, de unas cantidades que las empresas se compromete a aportar al plan de Pensiones al fin de proporcionar al partícipe, o en su caso al beneficiario, unas determinadas prestaciones. ...De alguna forma, pues las aportaciones empresariales son contraprestación al trabajo desempeñado».

(35) Sentencia del Tribunal Constitucional 134/87, cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Tribunal Central de Trabajo relativas al artículo 51 de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado.

(36) Dado que, el Decreto 56/63 y posteriormente el artículo 1.3 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 sobre Mejoras Voluntarias de la actuación protectora, les atribuía una naturaleza pública «ope legis». El artículo 1.3 disponía lo siguiente: «Las prestaciones correspondientes a las mejoras a que se refiere el número anterior tendrán todos los caracteres atribuidos a las prestaciones en el artículo 90 de la Ley de Seguridad Social, y una vez establecidas de acuerdo con lo que en la presente Orden se dispone, se entenderán que forman parte, a todos los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social».

(37) Como observan GONZÁLEZ ORTEGA, S. y ALARCÓN CARACUEL, M.R., en *Compendio de Seguridad Social, op. cit.*, pág. 129, las mejoras voluntarias toman como punto de referencia para su cálculo las propias prestaciones de Seguridad Social.

salario (38), tendencia que se observa también en el Derecho Comunitario como tendremos ocasión de exponer.

La doctrina más clásica distinguía una Seguridad Social básica y una Seguridad Social Complementaria, comprendiendo ésta última, por un lado, los «Regímenes complementarios de Seguridad Social», constituyéndose como una organización separada de la Seguridad Social cuyo tratamiento jurídico correspondía al Derecho Privado y, por otro lado, las mejoras voluntarias de Seguridad Social, éstas últimas integradas en la Seguridad Social. Desde estas tesis se afirmaba que mejoras voluntarias deben coincidir tanto en el ámbito subjetivo como en el objetivo, así como en la estructura prestacional de la Seguridad Social básica (39), cumpliendo así con la nota de la complementariedad estricta (40), en otras palabras «tienden a constituir una prestación única, objeto de una regulación asimismo unitaria: la prestación mejorada» (41).

(38) MARTÍN VALVERDE, A. *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, op. cit., págs. 27 y ss. CASAS BAAMONDE, M.E. *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, op. cit., pág. 250. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y ALARCÓN CARACUEL, J.M. *Compendio de Seguridad Social*, op. cit., págs. 129 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. «La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante de su reforma», op. cit., págs. 282 y ss. FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. «El servicio público de la Seguridad Social», op. cit., págs. 226-227. MONEREO PÉREZ, J.L. «El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria». *Relaciones Laborales* nº 14 (1991), págs. 24 y ss. APARICIO TÓVAR, J. *La Seguridad Social y la protección de la salud*, op. cit., págs. 116-120. GALLARDO MOYA, R., «Las modalidades complementarias del sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva», op. cit., págs. 474 y ss. GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A. «La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública». *AL*. vol. I (1987) págs. 400-401.

(39) MARTÍN VALVERDE, A. *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, op. cit., págs. 27 y ss. el cual distingue dentro de la Seguridad Social complementaria «los Regímenes Complementarios de Seguridad Social», cuyo tratamiento jurídico corresponde al Derecho Privado y las Mejoras Voluntarias en las que «la prestación básica y su complemento son jurídicamente inescindibles, procedentes ambos de un único patrimonio de la Seguridad Social...». Desde planteamientos más elaborados CASAS BAAMONDE, M.E. *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, op. cit., págs. 275 y ss., concibe la Seguridad Social como un sistema unitario destinado a satisfacer las necesidades sociales. En éste sistema homogéneo se distinguen; la Seguridad Social básica mínima y obligatoria; la Seguridad Social complementaria que actúa sobre el mismo ámbito subjetivo y objetivo e igual estructura prestacional que la Seguridad Social básica; la Seguridad Social Voluntaria se dirige a proteger situaciones de necesidad de personas no incluidas en el campo de aplicación del Sistema básico o contingencia no cubierta por el mismo. La idea central de la autora se resume en la comunicabilidad e interdependencia existente entre las citadas esferas de protección.

(40) Financiación y gestión conectadas con la Seguridad Social básica.

(41) MARTÍN VALVERDE, A. *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 53.

Por ello, cuando esta doctrina analiza las mejoras directas de prestaciones, las califica como «atípicas», no pudiendo ser consideradas mejoras voluntarias, (denominación que quedaría reservada para las mejoras por establecimiento de tipos de cotización adicionales) ni medidas de Seguridad Social complementaria, y ello en virtud de su gestión y financiación separada del Sistema Público. Por ésta razón encajaban las mejoras directas en el marco del contrato, consistente en cantidades remuneratorias de naturaleza salarial (42).

En el mismo sentido, pero sobre la base del artículo 41 de la CE., algunos autores (43) observan que el modelo constitucional de Seguridad Social distingue tres grandes bloques: asistencia sanitaria, prestaciones económicas (contributivas y no contributivas) y prestaciones complementarias (Servicios sociales y asistencia social). Entiende este sector de la doctrina que es imposible hablar de un tercer nivel complementario a cargo de la iniciativa privada desde el propio Sistema de Seguridad Social. Desde estas tesis se entiende que se

(42) MARTÍN VALVERDE, A. *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 77 y ss., analizando las mejoras directas las califica de salario «por estar financiadas y gestionadas al margen de los sistemas de financiación y gestión de los regímenes legales, no pueden incluirse en el grupo de las mejoras y entrar de lleno en el de los regímenes complementarios... Queda claro, sin embargo, que, en línea de principio, la denominación mejora voluntaria habría de estar reservada, dentro del cuadro legal del derecho positivo español, a las mejoras por establecimiento de tipos de cotización adicionales». CASAS BAAMONDE, M.E. *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, op. cit., pág. 250 refiriéndose a las mejoras directas manifestaba que se trataban de «prestaciones de protección que encajan cómodamente en el marco del contrato de trabajo, pudiendo explicarse etiológicamente desde el deber de protección empresarial y consistiendo técnicamente, en la generalidad de los casos, en cantidades remuneratorias de naturaleza salarial» concluyendo, pág. 265, que si esto es así «estamos afirmando la desaparición de la institución de las mejoras voluntarias de Seguridad Social, ya que las mejoras directas de prestaciones no son propiamente mejoras voluntarias de Seguridad Social».

(43) GONZÁLEZ ORTEGA, S. y ALARCÓN CARACUEL, M.R. *Compendio de Seguridad Social*, op. cit., pág. 49-50. FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., «El servicio público de la Seguridad Social», op. cit., págs. 210 y ss. En el mismo sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma», op. cit., págs. 270 y ss., señalan que no cabe hablar de un tercer nivel a cargo de la iniciativa privada ya que el artículo 41 de la Constitución Española no habla aquí de nivel, es decir, de un conjunto sistemático de prestaciones, sino de «asistencia y prestaciones complementarias» que pueden venir, pero no necesariamente, a añadirse a un diseño de la acción protectora pública previamente existente, completo y suficiente. Para ellos lo que se ha venido denominando Seguridad Social complementaria no es en puridad Seguridad Social. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución» en AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Estudios de Trabajo y Previsión. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, págs. 304-330.

trata, de dos mundos totalmente separados, esto es Seguridad Social y Seguros Privados (44). Por tanto y, siguiendo esta línea doctrinal, las mejoras directas (único modelo posible de mejoras voluntarias según vimos) quedarían excluidas del Sistema de Seguridad Social (45), fundamentalmente por su carácter voluntario y privado constituyendo obligaciones empresariales que derivan del

(44) En el mismo sentido STS de 31 de mayo de 1990 (A 4528) ante una situación de invalidez razona lo siguiente «la mejora voluntaria que establece el convenio colectivo aplicable aunque cubra el riesgo de accidente de trabajo y atendiendo a la invalidez permanente que de él derive, no se establece para mejorar la prestación pública correspondiente a dicha situación de invalidez, lo que excluye conceptualmente de naturaleza complementaria, sino que aún mejorando la protección para tal contingencia, actúa a través de prestación de entidad distinta, cual es la entrega de un capital. De ahí que la tan repetida mejora tenga carácter autónomo...»; STCT de 31 de mayo de 1987 (A 6948) que resuelve un caso de un complemento consistente en una indemnización por fallecimiento que deviene de una enfermedad común aplicándole el plazo de prescripción de un año previsto en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores «...no puede considerarse como mejora de la acción protectora de la Seguridad Social tanto porque el artículo 181 de la LGSS en su número 1 establece que dicha mejora puede efectuarse: a) por beneficio o aumento directo de las prestaciones o b) por el establecimiento de tipos de cotización adicional, y la indemnización a tanto alzado en caso de muerte solamente se contempla como prestación de accidente de trabajo, pero no por enfermedad común, situación ésta que es la que se contempla en el reglamento y convenio citado...». STSJ de 5 de octubre de 1988 (A 6781) «...el complemento (jubilación anticipada) no nace para mejorar o completar la futura pensión sino para compensar al trabajador por su pérdida de puesto», STSJ de Asturias (A 2491) de 7 de mayo de 1992 «las prestaciones asumidas por la mutualidad recurrente, no lo son en virtud de una actividad complementaria de las prestaciones de Seguridad Social, sino que se incardinan dentro del ámbito del contrato de seguro».

(45) FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. «El servicio público de la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 226-227 para quien el último inciso del artículo 41 de la Constitución, implicaría que «fuera de aquel nivel mínimo y suficiente, ningún sujeto puede ser constreñido, ni a establecer los mecanismos protectores correspondientes a las Administraciones Públicas, ni a someterse al régimen protector o a sus cargas financieras las demás personas o entidades privadas» concluyendo que «se trata de una actividad privada que no es Seguridad Social, sino mecanismos de previsión o seguros privados que actúan fuera de ella, sea su finalidad complementar a aquella u otra cualquiera». GONZÁLEZ ORTEGA y ALARCÓN CARACUEL, *Compendio de Seguridad Social*, *op. cit.*, págs. 129 y ss., encuadra las mejoras voluntarias dentro del segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución al que denomina Seguridad Social Complementaria impropia (como hemos observado para éste autor no se trata de Seguridad Social). MONEREO PÉREZ, J.L. «El Régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria», *op. cit.*, págs. 24 y ss. APARICIO TÓVAR, J. *La Seguridad Social y la protección de la salud*, *op. cit.*, págs. 116 a 120. GALLARDO MOYA, R. «Las modalidades complementarias del Sistema de la Seguridad Social en la Negociación Colectiva», *op. cit.*, págs. 474 y ss.

contrato de trabajo o del convenio colectivo totalmente desconectadas del Sistema de Seguridad Social (46).

Incluso, profundizando aún más, algunos autores al analizar el artículo 1.º de la Ley 8/88 de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social observan que el citado precepto, deja fuera de su ámbito de aplicación las infracciones contra normas de un convenio colectivo en materia de Seguridad Social, lo cual «puede significar que el legislador de la LISOS no considera que tales mejoras sean en puridad Seguridad Social. Ahora bien es evidente que en este caso tales mejoras deben considerarse salario» (47).

3. Significado del concepto de remuneración

La mejora directa tiene una clara naturaleza retributiva, sin embargo su integración en algunos de los elementos que forman parte del término salario retribución como veremos más adelante, es compleja.

El marco normativo en que se contiene la regulación del salario viene constituido esencialmente por el artículo 26 del E.T. que considera salario «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, y retribuyen el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, los períodos de descanso computables como de trabajos», excluyendo del concepto de salario: «las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o suplidos».

Por tanto nuestro ordenamiento entiende que la retribución que el trabajador recibe del empleador engloba: a) el salario base, fijado por unidad de tiempo

(46) En este sentido en el Derecho Comunitario las pensiones satisfechas en virtud de regímenes excluidos contractualmente del general constituyen prestaciones satisfechas por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo consistiendo en cantidades retributivas. Así, en la Sentencia de 17 de mayo de 1990 (asunto Barber contra Guardian Royal Exchange Group) se afirma que tales prestaciones complementarias quedan afectadas por el artículo 119 del Tratado, dotándolas de una naturaleza retributiva, argumentándose que estos complementos tienen su origen en una relación laboral, son financiados por el empresario en exclusiva o conjuntamente por empresario y trabajador, sin que de ningún modo tengan participación los poderes públicos. Siguiendo sobre la base del Derecho Comunitario, y el hilo de la citada Sentencia, del Protocolo nº 2 del Tratado de Maastricht al artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se deduce que, las prestaciones de un régimen profesional de Seguridad Social, que se asignen con posterioridad a la fecha de 17 de mayo de 1990 se considerará retribución a los efectos del artículo 119 del Tratado, evitando de esta forma la retroactividad de los pronunciamientos de la citada sentencia.

(47) GONZÁLEZ ORTEGA, S. y ALARCÓN CARACUEL M. R. *Compendio...*, *op. cit.*, págs. 142-143.

po o de obra, sin atender a otras consideraciones; b) complementos que deban adicionarse al salario base fijados en la negociación colectiva o contrato individual; c) y por último percepciones que no se consideran salario, tales como las indemnizaciones y suplidos, y prestaciones de Seguridad Social.

No obstante, frente a tesis más restrictivas en las que, en virtud del carácter sinagmático del contrato de trabajo, se concibe al salario como contraprestación directa por los servicios prestados, existe en el Derecho del Trabajo actual, una clara tendencia rupturista de la correlación y reciprocidad sinalagmática, hacia un concepto amplio de salario-retribución en el que «deja de ser un instrumento exclusivo de pago con una función solutoria, para adicionar a esta función otras que pudieramos calificar de instrumentales respecto de las tensiones de poder que se producen entre trabajador y empresario» (48).

Es necesario analizar, siquiera brevemente, todos los elementos que comprenden el término retribución para así poder encajar las mejoras directas en alguno de ellos.

3.1. Salario base

Se entiende por salario base la retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo, sin atender a las circunstancias que originan los complementos salariales (49).

En torno a la naturaleza jurídica del salario base pueden individualizarse básicamente tres teorías. La primera pone de relieve la prestación de servicio como presupuesto del mismo; la segunda conecta el concepto de salario base con la disposición o cesión de trabajo por el trabajador al empresario; y por último la tercera teoría entiende que el salario base trae su causa en el contrato de trabajo. Si tomamos ésta última teoría, las mejoras directas entrarían dentro del concepto de salario base; lo que ocurre es que esta teoría amplía, excesivamente el concepto del salario hasta el punto de desvirtuarlo, ya que existen otros pagos que derivan del contrato que ni siquiera tienen naturaleza salarial. Sólo sería aceptable ésta teoría en el caso de que el salario fuese la única prestación económica a que el empleador está obligado. La citada teoría intenta romper con el concepto clásico que une el salario con la prestación de servicios

(48) GONZÁLEZ POSADA, M. «La determinación y estructura del salario», *RPS* n.º 141 (1984) pág. 56.

(49) El Decreto de Ordenación Salarial y de 17 de agosto de 1973 junto con su desarrollo articulado en la Orden de 22 de noviembre ampliaban el concepto de salario base, ya que a él se integraban todas las percepciones que recibía el trabajador como contraprestación de los servicios prestados que pudieran incluirse en algunos de los complementos listados en el artículo 5 del DOS. Con la modificación del artículo 26 y la derogación del DOS y OMS, serán las partes sociales las que establecerán la estructura del salario «que deberá comprender el salario base... y en su caso los complementos salariales» (artículo 26.3 del ET), eliminándose de ésta forma la función residual que cumplía el salario base.

«pero sin que consiga dar una solución convincente para el concepto de salario» (50).

En nuestro Derecho no se entiende salario sin contraprestación, si bien una concepción excesivamente rígida de la sinalagmaticidad traería problemas a la hora de explicar el pago del salario durante los períodos de descanso remunerados (51). Estas dificultades quedan resueltas si conectamos el concepto de salario al de disponibilidad o cesión de trabajo, lo cual implica que «lo que retribuye el salario no es pura y simplemente el trabajo prestado, sino la disponibilidad en favor del empleador de la capacidad productora del trabajador, y que éste normalmente depende de su trabajo subordinado para ganar los recursos económicos con que atiende a su subsistencia y a la de su familia» (52), de tal forma, que esta disponibilidad se hace efectiva plenamente cuando el trabajador desarrolla su actividad laboral, pero también cuando no se desarrolla ésta, ya sea por causa imputable al empresario (artículo 30 ET), ya por imperativo de la Ley (artículo 37.3 ET.) (53).

En base a tales consideraciones podemos afirmar en consecuencia, que las mejoras directas difícilmente pueden entenderse comprendidas dentro del concepto de salario base, ni siquiera en virtud de aquella función residual que el salario base cumple, y ello porque no puede confundirse el concepto de salario base con el de mejoras directas ya que éstas hacen alusión a la reparación de un daño, a la protección de ciertas necesidades sociales, o si se quiere a una función previsional que consiste en cubrir la diferencia entre lo que el trabajador recibe de la Seguridad Social y lo que ganaría en caso de que estuviese trabajando (54).

3.2. Complementos salariales

Los complementos del salario, sin duda, son salario según la definición del artículo 26 del ET., en el cual ninguna diferencia de naturaleza los separa del

(50) MASCARO NASCIMENTO, A. «Lineamientos del concepto de salario» en *Estudios sobre el Salario en homenaje al profesor Americo Plá Rodríguez*. Tomo II Montevideo 1987, pág. 61-62.

(51) PLÁ RODRÍGUEZ, A. «Curso de Derecho Laboral» tomo II, vol. I, Montevideo 1978, pág. 158, en este sentido recuerda una comparación de Deveali, según el cual «el carácter conmutativo del contrato de trabajo no debe entenderse en el sentido que rige en cuanto al suministro de energía eléctrica, en el cual el precio debido está proporcionado directamente a las cantidades indicadas por el medidor».

(52) LÓPEZ, L. «Salario e indemnización» en *Estudios sobre el salario homenaje al profesor Americo Plá Rodríguez*. Tomo II. Montevideo 1987, pág. 325.

(53) ALMANSA PASTOR, J.M. «La ordenación legal del salario en España», en *Estudios sobre el salario homenaje al profesor Americo Plá Rodríguez*. Tomo II. Montevideo 1987, págs. 482-483, MASCARO NASCIMENTO, A. «Lineamientos del concepto de salario» en la misma obra, págs. 54 y ss.

(54) En el mismo sentido MASCARO NASCIMENTO, A., «Lineamientos del concepto de salario», pág. 66.

salario base. Serán complementos salariales los «fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultado de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten».

Partiendo de ésta definición resulta evidente que las mejoras directas no pueden integrarse en el concepto de complemento, y ello porque, aunque la mejora trae su causa última en el vínculo contractual que une al empresario con el trabajador, no retribuye una prestación de servicios, «strictu sensu» ni tiene en cuenta «circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador» ni atiende «al trabajo realizado o a la situación y resultado de la empresa», sino que su función es la de reparar un daño, previamente tipificado en el convenio, de tal forma que aunque ya no exista obligación de prestar servicios porque el vínculo contractual se extinga, el empresario sigue siendo responsable del pago de dicha mejora (caso de las mejoras directas por jubilación).

3.3. Percepciones extrasalariales

El artículo 26.2 del ET. diversifica en tres las causas generadoras de este tipo de percepciones:

a) Las percepciones de naturaleza indemnizatoria y suplidos entre las que se incluirían las indemnizaciones por quebranto de moneda, las percepciones por desgaste de útiles o herramientas, las indemnizaciones para adquisición de prendas de trabajo, los gastos de locomoción, las dietas de viaje, los pluses de distancia y de transportes urbanos, y cualesquiera otros de igual naturaleza indemnizatoria.

b) Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social.

c) Las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones debidas por traslados, suspensiones o despidos.

De entre las partidas extrasalariales mencionadas en el artículo 26.2 del ET., las mejoras directas podrían ser integradas en el concepto de partidas extrasalariales de naturaleza indemnizatoria, conceptuadas como cantidades abonadas por el empresario a modo de resarcimiento, ya sea de un daño, ya de unos gastos ocasionados por el trabajo que le deben ser reembolsados.

La indemnización puede ser explicada como un deber de reparación de un daño, incluyendo también la idea de cobertura de una situación de necesidad. En este sentido se distingue claramente del concepto de salario base dado que «no hay salario sin contraprestación, por un lado, ni hay indemnización sin daño, por otro. Ni el daño puede ser contraprestación ni la contraprestación (recíproca al salario: la prestación laboral) puede ser un daño» (55).

La mejora directa es una cantidad de naturaleza remuneratoria que el empleado abona al trabajador y que tiene su origen inmediato en el vínculo contractual que une al empleador con el trabajador, pero evidentemente no tiene su

(55) LÓPEZ, J. «Salario e indemnización», *op. cit.*, págs. 320-321.

causa en la prestación material de los servicios, ni en la disponibilidad o cesión de trabajo, sino que se abona para hacer frente a una determinada situación de necesidad, o bien tienen la finalidad de cubrir la diferencia entre lo que el trabajador recibe de la Seguridad Social y lo que ganaría en caso de que estuviese trabajando. Por tanto en virtud de lo anterior la mejora directa tendría naturaleza indemnizatoria con función previsora, ya que atiende al defecto de ingresos ocasionados por la actualización de determinadas contingencias que producen en el sujeto una determinada situación de necesidad protegible bien, porque previamente se pactaron en convenio colectivo o en contrato individual.

Al hilo de lo anterior, resultaría interesante traer a colación aquí algunas de las reflexiones que se han realizado en torno a la calificación salarial o no de los Planes y Fondos de Pensiones, en concreto del sistema de Plan de empleo, no sólo por la similitud existente entre las mejoras directas y las aportaciones empresariales al Plan, sino también, porque este sistema tenderá a acoger las mejoras directas, en virtud fundamentalmente del mejor tratamiento fiscal que reciben (56).

En este sentido, algunos autores al finalizar el carácter salarial o no de los Planes y Fondos de Pensiones, no dudan en afirmar su naturaleza indemnizatoria o resarcitoria y por tanto no salarial, basándose en primer lugar en que no son abonadas por el empleador sino por instituciones privadas de previsión; en segundo lugar en que normalmente su percepción efectiva se produce sin estar vigente el contrato, «con lo cual se compadecerá mal este hecho con la exigencia de que puedan darse en contraprestación del trabajo dependiente»; y un tercer y último argumento incide en la consideración de que los Planes y Fondos de Pensiones tienen un carácter «sustitutivo/complementario» de las percepciones salariales (57). Por otra parte se desprecia la calificación de «salario diferido», aún cuando se trate de aportaciones justificadas a partir del vínculo jurídico de la prestación de servicios, que de «alguna forma son contraprestación al trabajo desempeñado» (58), y ello porque el régimen jurídico de tales aportaciones impiden considerarlas como salario, fundamentalmente porque aun cuando la titularidad de los recursos aportados a un Plan corresponde al partícipe o beneficiario «esa titularidad no significa libre disposición de tales imputaciones... ya que sólo se harán efectivas en el momento de generarse el derecho a la prestación», y por tanto estas cantidades se reconducen fácilmente al concepto de partidas extrasalariales (59).

(56) GONZÁLEZ ORTEGA, S. «Los Planes y Fondos de Pensiones» en temas para el debate. *Temas Laborales* nº 14 (1989), pág. 102.

(57) MONEREO PÉREZ, J.L. «Notas sobre la caracterización jurídica de los planes privados de pensiones en *Temas Laborales* nº 16, 1989, pág. 101.

(58) GONZÁLEZ ORTEGA, S. «Los Planes y Fondos de Pensiones», *op. cit.*, pág. 95.

(59) GONZÁLEZ ORTEGA, S. «Los Planes y Fondos de Pensiones», *op. cit.*, págs. 95-96.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. A efectos de la Seguridad Social

De la configuración de las mejoras directas como partidas extrasalariales de naturaleza indemnizatoria, excluyéndolas de la acción protectora de la Seguridad Social, se derivan varios efectos de los cuales vamos a analizar los más relevantes.

1.1. Base de cotización

Según el artículo 109 de la LGSS la Base de cotización viene constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que tenga derecho a percibir el trabajador o que efectivamente percibe, por razón del trabajo que realiza por cuenta ajena, excluidas las horas extraordinarias. Dado que el artículo 109 de la LGSS hace referencia al concepto de remuneración, habrá de ponerse en relación con el artículo 26 del ET., a fin de determinar la naturaleza de cada una de las percepciones económicas que el trabajador percibe. De la normativa anterior se deduce, que quedan excluidas, como hemos observado, las percepciones extrasalariales, y por tanto no se integran en la Base de cotización. Por otra parte el propio artículo 109 excluye expresamente a las percepciones indemnizatorias, y a las prestaciones de Seguridad Social y sus mejoras. Por tanto en virtud de lo anterior, las mejoras directas como partidas indemnizatorias no forman parte de la base de cotización, con las repercusiones lógicas que eso conlleva a efectos del cálculo de futuras pensiones.

1.2. Revalorización

Tema controvertido por la jurisprudencia es el que hace referencia a las revalorizaciones anuales para las pensiones de jubilación anticipada, discutiéndose si es de aplicación el tope máximo de las pensiones públicas a las mejoras por jubilación anticipada abonadas por empresas públicas (60).

Se observan dos posturas claramente enfrentadas:

La primera partiendo de la naturaleza indemnizatoria de la mejora por jubilación anticipada entiende que «el citado complemento no nace para mejorar o complementar la futura pensión de jubilación, sino para compensar al trabajador por su pérdida de puesto de trabajo, y garantizarle una renta sustitutoria del salario... Se trata, por tanto, de un complemento a cargo de la empresa que aparece configurado como fijo, invariable y no absorbible... Ello significa el

(60) GARCÍA NINET, J.I. «Sobre el complemento a cargo de la empresa en la pensión de jubilación anticipada en empresas públicas sometidas a reconversión industrial», en *Tribunal Social* nº 13 (1992). Se estima que no existe concurrencia cuando el complemento lo percibe de una empresa privada STSJ de Castilla la Mancha de 6 de marzo de 1991 (A. 2035).

reconocimiento de un derecho, que no tiene la naturaleza de pensión pública ya que su nacimiento, desarrollo y vida ulterior tienen lugar con total independencia de la prestación de jubilación concedida al interesado, y al que no es posible aplicar la limitación establecida por el artículo 31 de la Ley 21/86, de 23 de diciembre, en cuanto al importe de las pensiones públicas» (61).

La segunda sostiene que «Los recursos de la empresa Nacional de Petróleos tienen a tales efectos naturaleza pública» y de ahí que exista «conurrencia del complemento de referencia con la pensión del Régimen General impidiéndose la revalorización de ésta, en el año 1987, según dispone el art. 9.1 del Real Decreto aludido (2696/1986)» añadiendo que «En nada afecta a la solución del caso el hecho de que el complemento haya sido establecido en 1980 en virtud de convenio colectivo entonces vigente, dado que el mismo no constituye una norma inmune ante la eficacia de la Ley, ni puede impedir las limitaciones legales a las revalorizaciones de las pensiones de la Seguridad Social en concurrencia con las mejoras voluntarias de financiación jurídico-pública» (62).

Por último señalar que el Tribunal Supremo en diversas sentencias mantiene que la mejora por jubilación anticipada abonada por empresa pública tiene la consideración de pensión pública, y por lo tanto ha de verse afectada por la limitación contenida en las Leyes de Presupuestos (63).

(61) Sentencia del TCT de 5 de octubre de 1988 (A. 6781), en el mismo sentido STCT de 27 de julio de 1988 (A. 5410), STCT de 25 de octubre de 1988 (A. 6957); STCT de 3 de mayo de 1989 (A. 3758) STCT de 18 de noviembre de 1988 (A. 7896).

(62) STCT de 26 de abril de 1988 (A. 3400) y S. del 6 de octubre de 1988. STC de 12 de diciembre de 1988 (A. 8492) contra ésta última se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por presunta vulneración del artículo 14 de la C.E. alegando que, ante supuestos idénticos el TCT ha resuelto de modo distinto, yendo contra los principios de igualdad y de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional en las sentencias 201 y 202/1991 de 28 de octubre, BOE de 27 de noviembre dice lo siguiente «No se ha vulnerado el derecho a la igualdad por cambio injustificado de criterio establecido en sentencias anteriores. Es innegable que dicho cambio aparece objetivamente justificado» aunque «desde luego, podría parecer poco conforme con el principio de seguridad jurídica el que un mismo Tribunal dicte, en fechas muy próximas, sentencias claramente contradictorias entre sí... pero ello no es más que consecuencia de la independencia que cada Juez o Tribunal tiene en el ejercicio de su potestad jurisdiccional». Añadiendo que «debemos, por consiguiente, abstenernos de pronunciamiento sobre cuál de las dos soluciones divergentes alternativamente elegidas en las sentencias citadas, puede ser la más conforme a Derecho, sino tan sólo constatar que ambas se fundamentan en razones objetivas que alejan de toda sospecha de que, cualquiera de ellas, vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la Ley por no poder en modo alguno, estimarse que han sido adoptadas con irreflexión o arbitrariedad».

Otras sentencias que entienden que existe concurrencia STSJ de Cantabria de 10 de julio de 1991 (A. 4471); STSJ Andalucía, Granada de 21 de julio de 1991 (A. 4502). (63) STS Recurso de Casación para la unificación de doctrina de 29 de mayo de 1991

Desde nuestro punto el origen del problema se centra en determinar la naturaleza del citado complemento, por esta razón, de las dos tesis jurisprudenciales expuestas, nos inclinamos por aquélla que entiende que no existe concurrencia entre el citado complemento y la pensión pública. En efecto, como se ha señalado anteriormente, la mejora voluntaria no tienen naturaleza de pensión pública sino de contraprestación indemnizatoria a cargo de la empresa, que tiene como finalidad cubrir la diferencia entre lo que el trabajador recibe de la Seguridad Social y lo que percibiría si estuviese en activo. Por ello los citados complementos no son computables a efectos de la revalorización de pensiones, toda vez que lo contrario significaría equiparar rentas de trabajo con pensiones públicas. En este sentido se ha puesto de manifiesto, que la tesis que entiende que existe concurrencia entre la pensión pública y el complemento por jubilación anticipada «puede poner en peligro en cualquier momento la suficiencia económica de las pensiones en momentos en que tales personas nada pueden hacer por defender sus derechos por esa inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico» (64).

2. A efectos de las relaciones mediatas de trabajo

El motivo por el cual abordamos el estudio de este tema es fundamentalmente por la situación especial creada en estos supuestos en los que dos o más empresarios quedan vinculados. En general se producen anomalías en la relación de trabajo, que evidentemente conlleva una serie de consecuencias que afectan tanto a los intereses de los empresarios como a los de los trabajadores. Estas situaciones crean dificultades en orden a la determinación del empresario responsable que asuma los riesgos y obligaciones propios de su condición, y es por ello que se arbitran una serie de medidas que tienden a evitar un empleo irregular de la mano de obra.

2.1. Responsabilidad empresarial en la contrata y subcontrata

La cuestión que nos planteamos es indagar la relación que pueda existir entre la institución que venimos analizando, y el régimen de responsabilidades existentes en virtud del artículo 42 del ET.

Las razones que nos llevan a tratar este problema son obvias, habida cuenta de la creciente descentralización de la actividad productiva, motivada fundamentalmente en razones económicas, que llegan a influir en el funcionamiento de las relaciones laborales (65).

(A. 3927); STS de 4 de junio de 1991 (A. 5129); de 16 de julio de 1991 (A. 6249) de 25 de junio de 1992 (A.4674) de 1 de julio de 1992 (A. 5568); de 9 de julio (A. 5599) de 14 de julio (A. 5617); de 23 de julio de (A. 5654); de 29 de septiembre (A. 6825).

(64) GARCÍA NINET, J.I. «Sobre el complemento a cargo de la empresa en la pensión de jubilación anticipada...», *op. cit.*, pág. 37.

(65) Para un estudio más detallado del tema CRUZ VILLALÓN, J. «Descentralización

El artículo 42.2 del ET. dispone que «El empresario principal... responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y las referidas a la Seguridad Social...». Se recogen, pues, en el mencionado artículo dos tipos de responsabilidades, unas de «naturaleza salarial» y otras «referidas a la Seguridad Social», siendo en ambos casos una responsabilidad solidaria.

La cuestión que nos ocupa gira en torno a la determinación de alcance material de la responsabilidad solidaria, por las deudas salariales y de Seguridad Social surgidas en la ejecución de la contrata, precisando a qué tipo de deudas se refiere, a fin de analizar si la cobertura dispensada por dicho artículo se extiende a las mejoras directas.

a) Responsabilidad solidaria por obligaciones de «naturaleza salarial».

Cabría entender en una primera aproximación que, las obligaciones laborales por las cuales responde el empresario principal son exclusivamente salariales, excluyéndose así todas las partidas extrasalariales dentro de las cuales hemos incluido las mejoras directas, de tal forma que el empresario principal responde sólo y exclusivamente de las obligaciones del empresario auxiliar que tengan naturaleza salarial. Conviene señalar el carácter restrictivo de las regulaciones llevada a cabo por el ET., en él como hemos visto sólo se contempla obligaciones de naturaleza salarial, frente a la precedente Ley de Relaciones Laborales en la que se trataba con mayor extensión, dado que se hacía referencia a «obligaciones laborales» aludiendo, con esta amplia formulación, a todas las derivadas de la relación de trabajo (66).

Planteado el tema hemos de advertir que en este punto es importante la doctrina jurisprudencial al respecto y ello por ser contradictoria. En razón de esta jurisprudencia se observa una doble tendencia, bien excluyendo las mejoras directas del ámbito material de la responsabilidad solidaria del artículo 42 por entender que el citado precepto alcanza exclusivamente a la cuantía del salario pactado a través del convenio colectivo (67) o bien interpretar que esta responsabilidad hace referencia a los salarios reales incluyéndose así las mejoras directas (68).

Ante la doble interpretación posible, cabe inclinarse por la segunda y ello por «tener mayor fundamento en el texto de la Ley, y sobradamente se encarga

productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas» *RL*. Tomo I, págs. 114 y ss. y «descentralización productiva y sistemas de relaciones laborales». *V Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Barcelona 1993.

(66) En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN, J. «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *op. cit.*, págs. 138; MARTÍN VALVERDE, «Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores», Tomo VIII. Edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982.

(67) Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 20 de noviembre de 1982 (A. 6515).

(68) Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 de febrero de 1987; 25 de marzo de 1985 (A. 2086).

de justificarlo las sentencias citadas, basándose en la claridad literal del precepto, que no hace referencia alguna al salario fijado en la norma de carácter general sino más ampliamente referido a los salarios reales» (69).

b) Responsabilidad por obligaciones «referidas a la Seguridad Social»

No obstante lo anterior, las mejoras directas no encontrarían graves impedimentos para considerarlas incluidas dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal frente al empresario auxiliar, en la medida en que lo que exigen el artículo 42, es que las obligaciones estén «referidas a la Seguridad Social» utilizando una fórmula amplia sin hacer expresa referencia al Sistema Público de Seguridad Social (70).

Desde nuestro punto de vista, parece claro que la amplia alusión del artículo 42.2 pone de manifiesto un radio de acción que no se limita a las obligaciones de Seguridad Social en sentido estricto, sino que su ámbito material se extiende, sin forzar el texto de la Ley, y sin distorsionar la configuración jurídica de las mejoras directas que, como hemos analizado consisten en obligaciones empresariales asumidas por convenio colectivo, pacto o incluso contrato, cuya finalidad, como se ha puesto de manifiesto, es eminentemente de previsión.

Además, se ha destacado por la doctrina la modificación operada en la redacción actual respecto de la anterior en la cual se deducía con claridad que la responsabilidad hacía referencia única y exclusivamente a las obligaciones de la empresa auxiliar frente a la Seguridad Social en sentido estricto (71).

2.2. Responsabilidad empresarial en la cesión de trabajadores

La actualidad del tema es evidente, sobre todo en momentos de crisis, y altas tasas de desempleo y más aún a partir de la derogación del artículo 43 del

(69) CRUZ VILLALÓN, J. «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *op. cit.*, pág. 139. En contra MONEREO PÉREZ, J.L., «el ámbito material de la responsabilidad empresarial en contratas: las obligaciones referidas a la Seguridad Social» *RL.T. II*, págs. 297 y ss. el cual no admite esa posibilidad y manifiesta que «se deberá convenir que las Mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social han de ser incluidas ex art. 42.2 ET., porque desde el punto de vista jurídico forma, hic et nunc en el Derecho positivo, tales Mejoras voluntarias establecidas con arreglo a los artículos 21 y 181 y ss. de la LGSS gozan de una equiparación parcial o relativa—sólo pues a determinados efectos— con las prestaciones públicas de base que perfeccionan».

(70) En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN, J. «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas», *op. cit.*, págs. 143. MONEREO PÉREZ, J.L., «El ámbito material de la responsabilidad empresarial en contratas: las obligaciones referidas a la Seguridad Social», *op. cit.*, págs. 297 y ss. quien además distingue entre mejoras complementarias y mejoras autónomas, matizando que en el caso de las mejoras autónomas la asimilación resultaría un tanto forzado y formalista.

(71) Así lo ha puesto de manifiesto CRUZ VILLALÓN, J. «Descentralización productiva...», *op. cit.*, pág. 143.

ET, operada en virtud del RDL 18/1993 de 3 de diciembre de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, y la aprobación de la Ley 14/94 de 1 de junio por la que se regulan las empresas de Trabajo Temporal, toda vez que «se permite la actividad de las empresas de trabajo temporal» que había sido prohibida por ser considerada como tráfico ilegal de mano de obra (72).

El punto de partida viene constituido por el artículo 2 del citado RDL 18/1993, desarrollado por la Ley 14/94 de 1 de junio, en el cual se dispone que la cesión de trabajadores «sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan». En este sentido la Ley 14/94 de 1 de junio define la empresa de trabajo temporal como «aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados» (artículo 1), y establece su régimen jurídico disponiendo una serie de limitaciones, a fin de garantizar el mantenimiento de los derechos laborales de los trabajadores, tales como: la necesidad de autorización administrativa previa, que será concedida por el Director Provincial del Instituto Nacional de Empleo de la provincia en que se encuentre el centro de trabajo de la empresa, siempre que ésta reúna una serie de requisitos (artículo 2); la constitución de una garantía financiera para hacer frente a deudas por indemnizaciones, salarios y prestaciones de la Seguridad Social (artículo 3); la inscripción de un Registro (artículo 4); obligación de informar al INEM de todos los contratos celebrados, así como de los cambios de titularidad, apertura de nuevos centros de trabajo, o cese de la actividad (artículo 5).

En cuanto al alcance de la responsabilidad habría que distinguir las cesiones ilegales de las legales.

Respecto de las primeras, el artículo 2.2 de la RD 18/93 preve una responsabilidad solidaria de «las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social», a parte de responsabilidades administrativas e incluso en algunos supuestos penales, de las empresas cedentes y cesionarias, respecto de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social evidenciándose así una intensa protección legal del trabajador (73). En efecto la responsabilidad a la que se refiere el apartado 2º del citado artículo se extiende

(72) Para un estudio amplio de la cesión de trabajadores MARTÍN VALVERDE, A. «Comentarios a las Leyes laborales: El Estatuto de los Trabajadores» T. VIII. Edit. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982, págs. 273 y ss. GARCÍA MURCIA, J. «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores». *Revista de Política Social* nº 130/1981 págs. 61 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*. Edit. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

(73) En este sentido la doctrina elogia la solución normativa MARTÍN VALVERDE, A. «Comentarios a las Leyes Laborales...», *op. cit.*, págs. 298 y ss. GARCÍA MURCIA, J. «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra...», págs. 71 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», *op. cit.*, págs. 379-383.

a todas las deudas de naturaleza laboral correspondiente al período durante el cual el trabajador estuvo cedido y por tanto se extiende a las mejoras directas.

En relación a las segundas el artículo 16 de la Ley 14/94 dispone que «la empresa usuaria responderá subsidiariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición». Respecto del alcance de dicha responsabilidad nos inclinamos, en coherencia con lo señalado en páginas precedentes, por una interpretación amplia, es decir, la empresa usuaria responde de todas las obligaciones derivadas del contrato, ya que desde nuestro punto de vista el término salario hace referencia de forma amplia a «los salarios reales» incluyéndose otras partidas de carácter extrasalarial (74).

2.3. Responsabilidad empresarial en la transmisión de empresa

La transmisión de empresas, regulada en el artículo 44, tiene como presupuesto la conjunción de dos principios: continuidad en la empresa y estabilidad en el empleo (75). Tales principios quedan garantizados por un lado con el mecanismo de la subrogación del nuevo empresario «en los derechos y obligaciones del anterior», es decir, el nuevo empresario asume la misma posición jurídica que tenía el empresario cedente (76), y por otro mediante el establecimiento de un sistema de responsabilidades entre cedente y cesionario, por las obligaciones no satisfechas nacidas con anterioridad a la cesión, o las posteriores en los casos en que la cesión fuese declarada delito que tienden a proteger el interés de los trabajadores.

El tema de la responsabilidad solidaria no nos plantea dificultades en orden a la institución que estamos estudiando. La cuestión que suscita el régimen de corresponsabilidad entre el empresario cedente y el cesionario es determinar el alcance material de la misma. En este sentido frente a la regulación de la LCT, que no contemplaba responsabilidad entre los empresarios vinculados por las obligaciones nacidas con anterioridad a la cesión, el artículo 44 señala que el cedente y el cesionario responden solidariamente de las obligaciones «laborales».

Es evidente que el legislador al optar por esta fórmula amplia está haciendo referencia a todas las obligaciones nacidas en la relación de trabajo, toman-

(74) Vid nota 69.

(75) MONEREO PÉREZ, J.L. *Las relaciones de trabajo en la Transmisión de la empresa*. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1988, págs. 39.

(76) Para un estudio más detallado DURÁN LÓPEZ, F. «La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas laborales en la transmisión de empresas». *Revista de Derecho Mercantil* nº 131/132, págs. 67 y ss. DIEGUEZ CUERVO, G. «Comentarios a las leyes laborales: El Estatuto de los Trabajadores». T. VIII *Revista de Derecho Privado* 1982, págs. 273 y ss. CAMPS RUIZ, L.M. «La sucesión de Empresa». *Revista de Trabajo* nº 81-1986, págs. 47 y ss. MONEREO PÉREZ, J.L. «Las relaciones de trabajo en la...», *op. cit.*

do el término laboral en su sentido más amplio, es decir, dicha responsabilidad abarca todas las obligaciones derivadas de la relación de trabajo entre empresario y trabajador de las que de ninguna forma cabe excluir obligaciones referidas a la Seguridad Social, aun cuando éstas últimas sean tratadas específicamente por el artículo 68.1 y 97.2 de la LGSS (77).

3. A efectos de la protección del crédito salarial

3.1. Los privilegios salariales

El artículo 32 del ET, regula el privilegio salarial intentando dar una mayor efectividad en el pago de salarios de los trabajadores, frente a la concurrencia de otros posibles acreedores. La garantía de un crédito «equivale a un añadido o adición operados respecto de tal crédito, con la finalidad de reforzar la seguridad de su satisfacción cuando sea exigible» (78). El fundamento de ese «añadido» en el crédito salarial deriva de la relación de trabajo, y concretamente de la propia naturaleza y función económico-social que cumple el salario como sustento del trabajador y de su familia (79).

En cuanto al alcance de los privilegios salariales habría de determinarse si dichas preferencias legales se refieren sólo y exclusivamente al salario e indemnizaciones por despido, como parece desprenderse de una interpretación literal del artículo 32 de la Ley estatutaria, o si por el contrario son extensibles a otras retribuciones de carácter no salarial, en otras palabras, si se trata de un «crédito salarial o de un crédito laboral» (80).

Con anterioridad a la reforma del ET., la Jurisprudencia de las Salas de lo Social venían manteniendo «que el ámbito de protección que consagra el artículo 32 no sólo afecta al salario en sentido estricto, sino que también abarca las indemnizaciones que son debidas al trabajador por la extinción del contrato de trabajo» (81). En contra de esta interpretación se argumentaba «que las indemnizaciones correspondientes a despidos, entre otras partidas no tiene la consideración de salarios... por ello tienen difícil encuadre entre los créditos

(77) MONEREO PÉREZ, J.L. *Las relaciones de trabajo en la... op. cit.*, pág. 530.

(78) RÍOS SALMERÓN, B. *Los privilegios del crédito salarial*. CÍVITAS. Madrid 1984, pág. 253.

(79) PÉREZ PÉREZ, M. «El crédito privilegiado del trabajador». En *Revista de Política Social* nº 126, 1980, pág. 44 y ss., realiza un extenso estudio sobre el fin y la causa en la creación de estos privilegios.

(80) RÍOS SALMERÓN, B. *Los privilegios del crédito salarial, op. cit.*, pág. 305 y ss.

(81) Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencias de 27 de junio de 1992 (A. 2412-1933); STS Sala de lo Social de 30-6-1987 (A. 4673); 19-2-87 (A. 8980); 27-7-88 (A. 6254); 18-12-89 (A. 8989); 26-2-1990 (A. 1235); 24-7-90 (A. 6463); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24-12-1991 (A. 6854); y STSJ de Cataluña 11-12-1992 (A. 804).

singularmente privilegiados, unos créditos que previamente han sido excluidos *expressi verbis* por el legislador de la noción del salario» (82).

Esta disparidad de criterios jurisprudenciales ha sido parcialmente solventada con la reforma del artículo 32.3, en el cual se incluyen dentro del privilegio salarial de tercer grado «los créditos por salarios no protegidos en los números anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito... La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple de salario mínimo».

Desde nuestro punto de vista la reforma del artículo 32 del ET resuelve el conflicto jurisprudencial en los siguientes términos: El artículo 32.1 y 2 del ET, hace referencia directa al salario en sentido estricto, es decir, salario base y complementos salariales. Por otro lado, el artículo 32.3 del ET al enumerar las partidas retributivas que integran el citado privilegio, «Créditos por salarios... La misma consideración tendrán las indemnizaciones», es evidente que no es posible una interpretación amplia del término salario, ya que la especificación conlleva a la exclusión de aquellas partidas remuneratorias que no han sido expresamente nombradas por el legislador (83) y por ello las mejoras directas no podrán verse afectadas por el citado privilegio salarial. Por último cabe preguntarse si las mejoras voluntarias y otros créditos excluidos del privilegio salarial del artículo 32 de ET, pudieran estar protegidos por otros mecanismos externos a la Ley estatutaria. A nuestro juicio, y dada la amplia dicción del artículo 913 del Código de Comercio, aquellas partidas extrasalariales no protegidas por el artículo 32 del ET, quedarían amparadas por la protección preferencial otorgada por el citado precepto en el supuesto de quiebra o suspensión de pagos del empresario, ya que en él se hace referencia a «Los acreedores por trabajo personal», sin especificar el carácter salarial o no del crédito. Más dudoso nos parece el recurso al artículo 1.924 I.D del Código Civil, toda vez que se cita expresamente «salarios y sueldos», terminología que excluye o al menos dificulta la privilegiada protección de otros créditos derivados de la prestación de servicios de naturaleza extrasalarial (84) si bien puede aplicarse nor-

(82) Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 11 de mayo de 1992 (A. 3894), en el mismo sentido STS Sala de lo Civil de 12 de marzo de 1993 (A.2269), y 24 de mayo (A. 3725).

(83) En contra RÍOS SALMERÓN, B. *Los privilegios del crédito salarial*, *op. cit.*, págs. 306 y ss. quien opta por una interpretación extensiva, partiendo de la ratio que inspira el privilegio salarial, concluye que «habrán de aceptarse los resultados hermenéuticos más acordes con los intereses en juego, sin olvidar que no sólo es aconsejable, sino que incluso es obligado, según jurisprudencia un entendimiento amplio de la norma».

(84) RÍOS SALMERÓN, B. *Los privilegios del crédito salarial*, *op. cit.*, págs.81 y 320. En el mismo sentido se pronuncian el Tribunal Supremo en las Sentencias de 12 de marzo de 1993 (A. 2269) y de 24 de mayo de 1993 (A. 3725).

mativa común del artículo 1924.3.B del Código Civil que determina la preferencia por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias (85).

3.2. Fondo de Garantía Salarial

En la actualidad la normativa básica se encuentra en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, (en nueva redacción dada por Ley 32/1984 de 2 de agosto) desarrollado por el RD 505/85 de 6 de marzo sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, Orden de 20 de agosto de 1985 y Orden de 24 de octubre de 1985 (86).

El objetivo de esta institución se centra en garantizar la efectividad del crédito salarial dado que en ocasiones los privilegios salariales del artículo 32 del ET., pueden ser insuficientes, sobre todo porque dependen directamente del patrimonio del empresario (87).

El Fondo de Garantía Salarial responde frente al abono de salarios y determinadas indemnizaciones en los casos de «insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios» (artículo 33.1).

El crédito asegurado por el Fondo de Garantía Salarial viene constituido por «el importe de los salarios pendientes de pago...», reconocidos como tales en acto de conciliación o resolución judicial, incluyéndose «la indemnización complementaria por salarios de tramitación» (artículo 31.1) y por «indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículo 50 y 51 de esta misma ley...» (artículo 33.2) (88). El Fondo de Garantía Salarial responde pues, de aquellos conceptos sala-

(85) Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1993 (A.3725).

(86) Sobre las normas reguladoras del mismo y justificación de su constante cambio MOLINER TAMBORERO, G., «El Fondo de Garantía Salarial y su problemática jurídica» en *Revista de Trabajo* nº 63/64 1981, págs. 100 y ss. también en la «Nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial» en *Actualidad Laboral* 1986/I págs. 153 y ss.

(87) En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «El Fondo de Garantía Salarial: una nueva fase» en *RL*, págs. 35 y 36 también CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «Apuntes multicitados de Derecho del Trabajo». Vol. II, *op. cit.*, pág. 171, indican que el privilegio del crédito salarial como medida de garantía del cobro de salario es una técnica tradicional, pero cada vez más se ha revelado insuficiente, y ello porque se requiere que el deudor disponga de bienes en cantidad suficiente como para hacer frente a la deuda contraída, porque el patrimonio del deudor está sujeto a fáciles defraudadores a través de manipulaciones, y por último por un interés en la conservación de la empresa y no en su liquidación.

(88) Un estudio amplio del tema en MOLINER TAMBORERO, G. «El Fondo de Garantía Salarial y su problemática jurídica», *op. cit.*, págs. 83 y ss. también en la «Nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial», *op. cit.*, págs. 153 y ss. GARCÍA MURCIA, J. «El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial» *RL* 1985/II págs. 167 y ss. MONTOYA MELGAR, A. «La reforma del Fondo de Garantía

riales enumerados en el artículo 26.1 del ET, quedando, lógicamente desprotegidas aquellas cantidades abonadas por los empresarios a los trabajadores que carecen de la consideración legal del salario, salvo las indemnizaciones por despidos a las que expresamente se refiere el citado artículo 33.2. En cuanto la cuantía que se protege por la citada institución opera por un lado un tope temporal, ya que sólo protege los salarios pendientes de pago por un máximo de 120 días, y en segundo lugar opera un tope cuantitativo cifrado en el «duple del salario mínimo interprofesional diario».

Lógicamente tras describir los aspectos más notables de ésta institución, es evidente que las mejoras directas no caben incluirlas dentro de esta protección y ello porque los créditos protegidos por el Fondo de Garantía Salarial se enumeran taxativamente en el artículo 33.1 y 2. del E.T. y en el artículo 14 del RD. 505/1985.

3.3. Inembargabilidad

La normativa vigente sobre inembargabilidad salarial está contenida en los artículos 1449, 1451 y 1452 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la redacción dada por la Ley 34/84 de 6 de agosto sobre reforma urgente (89). La inembargabilidad es un derecho que reviste el carácter de irrenunciabilidad (90) (artículo 1452 de la LEC), distinguiéndose entre inembargabilidad absoluta o relativa, según se trate de Salario Mínimo Interprofesional o de la parte o tramos que exceda del mismo (artículo 1451 de la LEC.) (91). El fundamento de esta prohibición se encuentra en la función económico-social que se le concede al crédito salarial (92).

Salarial (La Ley 32/84, y el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo)» en *DL*. nº 17-1985 págs. 169 y ss.

- (89) El artículo 22.1 de la LGSS difería de lo establecido con carácter general en el artículo 1449.2 de la LEC. En el artículo 22.1 de la LGSS se disponía que las prestaciones de la Seguridad Social y sus mejoras son inembargables. Revestía notable importancia el calificar la mejora directa como retribución o prestación de la Seguridad Social antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/89 de 22 de junio (BOE de 24 de julio) en el que se declaraba que el artículo 22.1 de la LGSS es inconstitucional, «en cuanto prohíbe el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social de manera incondicionada y al margen de su cuantía».
- (90) En este sentido CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «Apuntes multicopiados de Derecho del Trabajo». Vol. II, *op. cit.*, pág. 170, argumenta que «se sustituye así la valoración subjetiva que el trabajador haga de su propio interés, por una valoración legal objetiva que impone el ejercicio inderogable de un derecho».
- (91) Cumpliendo así el artículo 10 del Convenio nº 95 de la OIT en el que se dispone: «El salario o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del Trabajador y de su familia».
- (92) En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «Apuntes multicopiados de Derecho del Trabajo». Vol. II, *op. cit.*, pág. 170. RÍOS SALMERÓN, B. «La inembargabilidad del salario origen, fundamento y ámbito», en *RL* 1987/II págs. 119 y ss.

El artículo 1449.2 dispone que «...es inembargable el salario, jornal, sueldo, pensión, retribución o su equivalente...», evidenciándose con ello un concepto de salario algo más amplio que el de la normativa laboral, en el cual se observa mayor rigidez sinalagmática, siendo necesario el delimitar qué partidas gozan de éste beneficio (93).

Es evidente que el artículo 1449.2 al referirse a «retribución o su equivalente» está incluyendo dentro de este privilegio a todas las partidas salariales o extrasalariales del artículo 26 del ET. Por ello puede sostenerse que las partidas extrasalariales son percepciones beneficiadas por la inembargabilidad, ya que como se apunta por la doctrina «la norma procesal, en efecto, tiene su asiento primario en el principio de Estado Social de Derecho del artículo 1 de la CE., lo que le asigna una finalidad protectora que, a tenor, del artículo 3 del CC., ha de influir en su entendimiento, propiciando interpretaciones amplias y extensivas» (94) y por consiguiente las mejoras directas son percepciones que gozan de inembargabilidad.

4. Consecuencias jurídicas a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

El concepto de salario analizado desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, no coincide con el concepto utilizado por el Derecho Tributario. Lo relevante para esta disciplina jurídica es el concepto de Rendimiento de trabajo Personal (95), en este sentido la Ley 18/91 sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, regula esta materia en sus artículos 24 a 30, definiendo en

- (93) En este sentido RÍOS SALMERÓN, B. «La dinámica de la embargabilidad del salario», *RL* 1987/II, págs. 133 y ss. aconseja que la determinación de las percepciones protegidas como inembargables en la LEC no se intente exclusivamente a través de la noción laboral de salario que ofrece el citado artículo 26 del ET.
- (94) RÍOS SALMERÓN, B. «La dinámica de la embargabilidad del salario», *RL* 1987/II pág. 133.
- (95) GARCÍA-MONCO, A.M. «La Tributación del salario ante el nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *DL* nº 36, 1992, págs. 11-19-31. Realiza un estudio en el que se pone de manifiesto «las relaciones, interconexiones y repercusiones» del Derecho del Trabajo sobre el Derecho Tributario, proponiendo que «desde una perspectiva de *lege ferenda* se unifiquen en la medida de lo posible las expresiones utilizadas en los distintos sectores del ordenamiento. Así, sería conveniente que no se definiera en el Derecho del Trabajo la actividad que da lugar a un salario como una actividad profesional ni de prestación de servicios, sino con otra que respetando la autonomía del mencionado Derecho del Trabajo fuera compatible con el Derecho Tributario». Concretamente refiriéndose al concepto de indemnización del Derecho del Trabajo cree que produce confusión «dado que también a los demás supuestos excluidos del salario se les denomina indemnización con una absoluta falta de precisión terminológica».
- (96) Un estudio amplio sobre los Rendimientos de Trabajo Personal en: PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, edit. Marcial Pons, Madrid 1992. GIMÉNEZ-REINA RODRÍGUEZ, E., y ZURDO RUIZ-AYUCAR,

el artículo 24 a los Rendimientos del Trabajo Personal (96) como «todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, que deriven, directa o indirectamente del trabajo personal del sujeto pasivo y no tengan el carácter de rendimientos empresariales o profesionales» añadiendo en su número 2 que «las contraprestaciones o utilidades a que se refiere el apartado anterior comprenderá tanto las dinerarias como las obtenidas en especie, en cuanto que retribuyan o se deriven del trabajo del sujeto pasivo, o sean consecuencia de la relación laboral».

Partiendo de esta definición legal, es evidente que se van a calificar como rendimientos del trabajo a ciertas prestaciones que si bien derivan del vínculo contractual que une al trabajador con el empresario, exceden del concepto clásico de salario, de tal forma que desde el Derecho Tributario, se identifica el concepto de Rendimientos de Trabajo Personal con el de salario-retribución, pudiéndose afirmar así que «todo salario es rendimiento del trabajo personal, pero no todo rendimiento del trabajo es salario» (97).

El artículo 25 de la Ley 18/91 enuncia a título ejemplificativo entre los rendimientos del trabajo los siguientes: sueldos y sus complementos; jornales y salarios; los premios e indemnizaciones no comprendidos en el artículo 9 de esta Ley; las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley; remuneraciones en concepto de gastos de representación; pensiones y prestaciones de la Seguridad Social; ayudas y subsidios familiares y las becas; dietas; las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los Planes de Pensiones y los sistemas alternativos regulados por la Ley 8/1987 etc.

La conclusión que se obtiene de los preceptos transcritos de la Ley 18/1991, es que con independencia de la naturaleza indemnizatoria de las mejoras directas, éstas a efectos fiscales, tienen la consideración de rendimientos del trabajo, y ello porque el artículo 25.d. incluye dentro del concepto de rendimientos del trabajo a los premios e indemnizaciones no comprendidas en el artículo 9 del mismo cuerpo legal, que se encarga de enumerar las rentas exen-

«los rendimientos del trabajo en el nuevo IRPF», en *Relaciones Tributarias* 1992. T. I. págs. 190 y ss.

(97) GARCÍA-MONCO, A.M. «La tributación del salario ante el nuevo Impuesto...», *op. cit.*, pág. 11.

(98) En contra GARCÍA-MONCO, A.M. «La tributación del salario ante el nuevo Impuesto...», *op. cit.*, pág. 41, para quien las mejoras voluntarias de prestaciones sujetas pero extensas son rentas ordinarias gravadas por el IRPF y ello porque el régimen tributario de las mejoras voluntarias se rige por dos reglas fundamentales «de una parte en cuanto la mejora lo sea de prestaciones (se entiende de la Seguridad Social) que consideramos no sujetas como por ej. la asistencia sanitaria, dicha mejora seguirá el régimen tributario de la prestación principal. De otra parte, cuando las mejoras voluntarias lo son de prestaciones sujetas pero exentas al impuesto que venimos analizando, la situación es completamente distinta. Dado que aquí se trata de conceptos que son renta pero que por voluntad de la Ley no se someten a gravamen en la medida en que estamos en los límites estrictos de la exención, estaremos ante prestaciones que deben tributar».

tas entre las que no se encuentra este tipo de prestación (98). Asimismo tiene la consideración de renta según el artículo 25.k las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los Planes de Pensiones.

Por último el artículo 26.f de dicha Ley considera retribuciones en especie «las contribuciones satisfechas por los promotores de Planes de Pensiones, a como las cantidades satisfechas por los empresarios para sistemas de provisión social alternativos a Planes de Pensiones cuando las mismas sean impuestas a aquellas personas a quienes se vinculen las prestaciones». De aquí que a efectos fiscales, las mejoras directas se configuren como renta.

5. Consecuencias jurídicas a efectos de la prescripción

Existe disparidad de criterios jurisprudenciales que derivan de la propia calificación que se haga de las mejoras directas. Como hemos tenido ocasión de exponer, una gran parte de la jurisprudencia partiendo de la naturaleza de las mejoras directas como mejoras de la Seguridad Social, aplican el plazo de prescripción de cinco años del artículo 43 de la LGSS (99).

Desde otro punto de vista, entendiendo que las mejoras directas son prestaciones extrasalariales de naturaleza indemnizatoria no sería de aplicación el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 43 de la LGSS sino el de un año del artículo 59 del ET (100). En este sentido la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 31 de marzo de 1987 (A.6948), argumenta que no se produce vulneración alguna de los artículos de la LGSS aplicando el plazo de prescripción previsto en el artículo 59 del ET., ya que «la acción... deriva directamente del contrato de trabajo o resulta consecuencia del mismo y no puede considerarse como mejora de la acción protectora de la Seguridad Social». En el mismo sentido el TSJ de Valencia en Sentencia de 23 de noviembre de 1991 (A. 6351) declara que «es preciso partir de la consideración de la naturaleza que conforma el hecho del otorgamiento del contrato de seguro colectivo, pues no cabe desconocer que el mismo está respondiendo a una consecuencia derivada del vínculo contractual laboral, se trata de una mejora que encuentra su causa directa e inmediata en el mismo contrato de trabajo que tiene como finalidad paliar los efectos, que en orden a la capacidad de trabajo, pueden derivarse del infortunio sufrido por el trabajador».

En nuestra opinión y en consonancia con la configuración jurídica de las mejoras como partidas extrasalariales de carácter indemnizatorio, no cabe duda que de las dos tesis expuestas nos adherimos a aquella que acoge el plazo de prescripción previsto en el artículo 59 del ET, toda vez que nos encontramos

(99) Entre otras STSJ de Madrid de 2 de junio de 1989 (A. 693); TSJ de Aragón de 3 de mayo de 1990; STS de Extremadura de 25 de septiembre de 1991 (A. 4918); (A. 723) STSJ de Madrid de 28 de mayo de 1992 (A. 2742); STS de 29 de marzo de 1989 (A. 1455) STS de 10 de abril de 1989 (A. 2953).

(100) En el mismo sentido STCT de 31 de marzo de 1987 (A. 6948) y STS de 31 de mayo de 1990 (A. 4528).

ante una institución que deriva de la relación que une al empleador con el trabajador y que como se ha señalado no puede considerarse como pensión pública de la Seguridad Social.

Desde nuestro punto de vista, el concepto de salario, a efectos de la protección de crédito salarial, debe ser interpretado de forma amplia incluyéndose por tanto las indemnizaciones por las siguientes razones: En primer lugar, tanto el artículo 1924.2.D) del Código Civil como el artículo 913.1 C) utilizan un concepto amplio de salario al regular los créditos privilegiados (101). En virtud de lo anterior resultaría paradójico que las indemnizaciones estén protegidas por el Código Civil y por el Código de Comercio, y sin embargo queden excluidas de la protección dispensada por la legislación especial (cuya finalidad es la tutela de los trabajadores). En segundo lugar, resulta incongruente que las prestaciones de la Seguridad Social que deba satisfacer los empresarios, por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y de cotización, (102) tengan el carácter de créditos privilegiados a pesar de no ser salarios conforme a la definición del artículo 26 del ET (103) y sin embargo las mejoras voluntarias y en general todas las indemnizaciones, que como hemos tenido ocasión de observar tienen su origen en el contrato de trabajo, queden excluidas de la citada protección. Por último ha de tenerse en cuenta el fundamento que inspira esta privilegiada protección, esto es, el valor económico social y de sustento del trabajador y su familia que el salario cumple (104).

- (101) Artículo 1924.2 D) del Código Civil «Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondientes al último año. Artículo 913.1 C) «Los acreedores por trabajo personal, comprendiendo a los dependientes de comercio por los seis últimos meses anteriores a la quiebra».
- (102) Artículo 1924.2 D) del Código Civil, 913.1 E) del Código de Comercio, 90.2 de la Ley General de la Seguridad Social, 15 de la LY 40/80 de 5 de julio, de inspección y recaudación de la Seguridad Social.
- (103) En éste sentido MOLINER TAMBORERO, G. «Régimen de privilegiabilidad salarial». *Revista de Trabajo* nº 78 (1985) págs. 28 y ss.
- (104) En éste sentido RÍOS SALMERÓN, B. «Los privilegios del crédito salarial», *op. cit.*, págs. 306 y ss.