

LAS LLAMADAS GRATIFICACIONES VOLUNTARIAS

SUMARIO:

- I. *Aproximación sociológica al tema.*—II. *Normativa anterior:* ley de Contrato de trabajo, Reglamento de Accidentes de Trabajo, Decreto de 21-IX-60 y ley de Seguridad Social.—III. *Tendencias doctrinales a la luz del Derecho comparado:* Derecho anglosajón. El continente: Alemania, Francia, Italia, Latinoamérica, España.—IV. *Normativa vigente:* Seguridad Social, nueva normativa salarial, normas sectoriales. Convenios colectivos.—V. *Consideraciones críticas:* Generalidades. Caracterización. Interpretación del sistema vigente. La liberalidad del empresario. Aspectos laborales: obligatoriedad, cómputo, absorción, liquidaciones, ordenanzas y convenios, tipificación penal, igualdad de trato, infracciones. Aspectos de Seguridad Social: bases, prestaciones, recibos salariales, prueba y control.

I

APROXIMACIÓN SOCIOLOGICA AL TEMA

El tema de las gratificaciones es, bajo la apariencia de accesoriedad que presenta, uno de los puntos, a mi modo de ver, que hace aflorar de modo más nítido la controversia de actitudes de fondo que separan, en el sistema capitalista, a las partes de la relación laboral. Y ello quizá con más fuerza desde que se generaliza en la política social occidental la fijación heterónoma de salarios mínimos interprofesionales en la segunda mitad de nuestro siglo. (Así, en Francia, la IV República establecerá el S. M. I. G. en 11-II-50; en España, el Decreto de 17-I-63, etc.)

Y es que, efectivamente, cuando la parte empleadora ha observado que, aquello que a principios de siglo (1) parecía una epopeya social se le impone con carácter de generalidad, es lógico que se haya aprestado a defender su superioridad socio-económica en los reductos en que el Estado aún dejaba libre el juego de la autonomía, y si el salario base está ya intervenido es en el campo de sus complementos donde la batalla salarial se librará.

(1) En 1908, en el discurso de Churchill en el St. Andrew's Hall de Glasgow, que fue calificado de revolucionario, no se propugnó sino el establecimiento de ese nivel mínimo, por encima del cual, no obstante, «cada uno podrá competir con todas las fuerzas de su capacidad». Vid. P. DE MENDELSSOHN: *The age of Churchill*, Thames and Hudson Ltd.

No creo que tal reflexión quepa juzgarla como una profesión de escepticismo respecto a las actitudes del empresariado; simplemente es la aceptación realista de los principios cardinales del sistema socio-económico en que nos movemos, lucro, competencia, racionalidad (2).

Bajo este planteamiento inicial queda claro que las observaciones que se realicen en este estudio pueden resultar ejemplificadoras de otros aspectos con origen en la misma controversia de fondo.

Pero es que, junto al fenómeno del intervencionismo salarial, la clase empleadora ha visto, también a lo largo del presente siglo, y tras la superación del difícil primer tercio que hará agua en el 29, desarrollarse un fenómeno progresivo de reducción de niveles de desempleo como consecuencia de la multiplicación de industrias y servicios, exigencias de especialización, reducción de tiempos de trabajo, sin que hayan frenado el proceso los antagonismos de avance tecnológico con sus secuelas de crisis, irrupción de la mujer en el mundo laboral, etc. En definitiva, la concurrencia de tal fenómeno con el de timidez por parte de los Estados para fijar la cuantía de los salarios mínimos (siempre por debajo de los niveles de vida admitidos oficialmente (3), paradoja explicable sólo por la sustentación estatal en los grupos empresariales y preferencia consiguiente a que los niveles altos se logren no por imposición) y, en España, incidencia de auge en servicios derivados del turismo y la mecanización, junto con el lamentable de emigración necesaria, acaban por formar para muchas actividades y a partir de categorías especializadas, un mercado de mano de obra que, no deficitario ya, impone en su oferta unas condiciones salariales, por debajo de las cuales el empleador no obtiene mano de obra conveniente.

Un terrible dilema se impone así al empresariado español, ciñámonos ya a nuestro país, que ve de un lado limitada su autonomía en materia de retribuciones, en peligro su poder disciplinario salarial y fijados sus costos por un mercado adversario por principio. Quizá se ha manifestado en esta ocasión, una vez más, la divergencia entre ley, como técnica para la regulación del poder social, y la capacidad efectiva de dirigir conductas ajenas que éste implica, en palabras de Kahn Freund (4), o, simplemente, se ha cumplido la

(2) Vid. a este respecto la exposición de RAYMOND BARRE en *Política económica*, sobre el concepto de Perroux y Sombart del «espíritu» del sistema.

(3) En la introducción de M. TUÑÓN DE LARA a su obra *El movimiento obrero en la historia de España*, Madrid, 1972, exige el cumplimiento de la fórmula $NV \rightarrow SR \rightarrow CT$, nivel de vida equiparado a salarios reales (SN/coste de vida) más condiciones de trabajo.

(4) *Labour and the law*, Stevens, Londres, 1972, pág. 4.

ley histórica que ha obligado, según Bayón, al capitalismo a dejar de ser liberal para poder seguir siendo capitalista (5).

Por su parte, el mercado de trabajo o su oferta, más específicamente, fija sus niveles salariales mínimos, muy superiores a los legales, en virtud no sólo de la pura demanda, oferta de puestos de trabajo, sino de una serie de factores ajenos a él, procedentes de la macrosociología y no de la industrial exclusivamente, en que juegan elementos tan imprecisos como puede ser el prestigio de las profesiones (sólo así se explica, por ejemplo, la alta remuneración del ingeniero y sus dificultades de empleo al terminar el período de formación) o la consideración social tradicional de ciertas actividades (6).

En cualquier caso, lo claro es que el individuo vive su época con todas las consecuencias y no puede observar impasible la indiferencia de una norma legal ante situaciones sociales incontestables, una norma igualatoria ante lo desigual, que sólo protege su mínimo salarial, por encima del cual se encuentran sus esfuerzos de especialización, su triunfo para lograr acceder a profesiones necesarias o prestigiadas, su, en resumen, idiosincrasia profesional (7).

Y aquí entra la importancia del tema de gratificaciones, ya que en una buena medida, la gratificación va a servir para cerrar ese abismo entre la irrealidad normativa y la realidad socio-profesional.

Ahora bien, para el trabajador, ¿va a suponer una percepción con la misma fuerza y eficacia que el salario indiscutiblemente protegido?, ¿no va a dejarle a merced de un sistema autónomo de premios y sanciones durante su vida laboral?, ¿va a tener que depender de la actitud o necesidad que en cada unidad empresarial se tenga al respecto?, ¿va a servir para reforzar las pensiones y ayudas familiares que en su día pueda causar? Si esta última interrogante no recibe una respuesta afirmativa, la naturaleza alimenticia y familiar del salario, y el fundamento de la Seguridad Social caerán por su base. Si no reciben tal contestación las primeras, la seguridad y estabilidad laboral se resentirá en su parte más sensible, la salarial.

Avancemos, pues, en el presente estudio para ver de encontrar las respuestas a tales cuestiones, no sin dejar antes constancia de que con esta introducción no se ha intentado sentar afirmaciones dogmáticas, sino ver de resaltar la importancia del tema que se trata.

(5) BAYÓN CHACÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, 9.^a ed., capítulo 7.^o, vol. I, Madrid, 1973-74, claramente inspirado por tal criterio y confirmado por el autor en discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia.

(6) Vid., sobre estructura de clases en la fábrica, *Sociología industrial*, de MILLER y FORM, Rialp, Madrid, 1969, págs. 307 y sigs.

(7) Más adelante se aludirá al criterio del *quantum meruit*, con especial referencia al sistema anglosajón.

II

NORMATIVA ANTERIOR

Aunque aludiremos luego a ella, dentro de la normativa vigente, hay que citar ahora, en primer lugar, las disposiciones salariales de la ley de Contrato de trabajo de 26-I-44, artículos 37 a 59 (8), en su mayor parte reiteración de lo establecido en la ley de Contrato de trabajo de 1931. Su artículo 37 concibe igualmente el salario como totalidad de beneficios obtenidos por el trabajador, sin especificaciones aclaratorias respecto a la naturaleza de las gratificaciones, y cuya única norma polémica está constituida por el artículo 46, que se comentará con la doctrina más autorizada en el epígrafe siguiente (9).

(8) Con anterioridad a esta norma sólo cabe recordar como antecedentes, de una parte, el carácter voluntario de la Seguridad Social en su primera fase (vid. al respecto J. M. ALMANSA PASTOR: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1973, en página 112 comentario al artículo 12 de la ley de 30-I-1900. En el mismo sentido, ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, I. F. P., 3.ª ed. rev., Madrid, 1970, y bibliografía citada por el autor en pág. 31, así como su cita de G. POSADA, en páginas 22-23, para cuadrar la diferencia entre previsión social y Seguridad Social), y, de otro lado, las normas laborales fundamentales, como el Código de Trabajo del 26, en cuyo libro 3.º, dedicado a los accidentes de trabajo, su artículo 169 define el salario a esos efectos e indica que «las remuneraciones que, aparte del salario fijo o a destajo, gane el obrero en cada caso, sólo se computarán como salario cuando tengan carácter normal», criterio este que inspirará normativas posteriores; ; la ley de Contrato de trabajo de 1931, cuyo artículo 27, que considera salario «la totalidad de los beneficios...», pero incluyendo en él las cotizaciones del patrono y beneficios de los herederos, y, por fin, el Decreto-ley de 8-X-32 y Reglamento de 31-I-33, sobre accidentes de trabajo (sobre este Decreto-ley del 32, vid. ALMANSA: Op. cit., pág. 113, que destaca el establecimiento generalizado como obligatorio del seguro de accidentes de trabajo y el mantenimiento de la doctrina anterior del riesgo objetivo y la responsabilidad empresarial). Sobre antecedentes en el mar y la agricultura, vid. ALONSO OLEA: Op. cit., pág. 32. Interesante compendio normativo de esta época es *Legislación de la República*, de ARROYO-OSSORIO, Ed. Bergua, en especial para el tema, páginas 228 y sigs.

(9) El Reglamento de Accidentes de Trabajo del 33, para la industria, se expresa en forma idéntica al Código de Trabajo del 26, resultando, en su artículo 37, párrafo segundo a), como decisivo el criterio de la percepción «normal» o no de las gratificaciones. Con el mismo criterio la Orden de 11-X-43, cuyo artículo 1.º, párrafo segundo, advierte que, incluso ante pagas extraordinarias, su naturaleza dependerá de la voluntariedad o no de su concesión, atendiendo, hasta para las fijadas en Reglamentaciones, «a la preexistencia o no de su abono en concepto de voluntariedad pa-

Resultan también importantes la ley y Reglamento de Accidentes de Trabajo, cuyo artículo 58 no excluye, a sus efectos, del concepto de salario, la gratificación voluntaria. Incluso hay previsiones expresas sobre su cómputo a efectos de formación de base para ciertas prestaciones (así, para I. P. M. el artículo 60, 2.º, las incluye para computar el salario base anual).

Por su parte, a efectos exclusivamente laborales, y no de previsión, el artículo 4.º del Decreto de 21-IX-60, según redacción dada en virtud del Decreto de 15-II-62, excluye del salario, en su apartado 7.º, «las cantidades en especie o en metálico que libremente concedan las Empresas a sus trabajadores, sin requerir aceptación ni contraprestación específica obligada por parte de éstos», concediendo libertad absoluta para la reducción o supresión de tales gratificaciones, y la Orden de 5-II-63, artículo 1.º, 6.º a), reitera la libertad de absorción. El criterio verificado hasta ahora en lo referente a aspectos laborales y de previsión parece que comienza a escindirse (10). Re-

tronal». Esta Orden se deroga por el Decreto de 11-III-48, cuyo artículo 4.º, f), excluye las gratificaciones del salario, a efectos de seguros obligatorios, naturalmente.

Por su parte, las Reglamentaciones de la época guardan silencio sobre el tema de gratificaciones (no es orientador lo dispuesto por la de Hostelería, Orden ministerial de 30-V-44, artículos 35 a 40, sobre propinas y participación en porcentaje), o lo tocan para estimarlas no computables a efectos de Seguridad Social, así la de Construcción, Orden ministerial de 11-IV-46.

El criterio del establecimiento obligatorio en Reglamentaciones con «carácter complementario del salario» es seguido también por el Decreto de 29-XII-48, artículo 2.º, y la Orden de 2-II-50, artículo 1.º

La jurisprudencia de la época, en consecuencia, sigue los dos criterios mencionados, establecimiento obligatorio en Reglamentaciones y percepción normal, así, sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, de 10-II-54 (Ref. Ar. 141-54), 20-XII-54 (Ref. Ar. 3120-54), 10-II-54 (Ref. Ar. 143-54). En general, escasísimas las referencias al problema.

Normas que marcarán prácticamente otra etapa son la ley de 22-XII-55, Reglamento de 22-VI-56, Decreto de 26-X-56, Decreto de 21-III-58, Decreto de 21-IX-60, Orden de 8-V-61, Decreto de 15-II-62 y Orden de 5-II-63. Además de las referidas a S. M. I., en especial, Decreto de 17-I-63.

(10) Reglamentaciones y convenios colectivos, que irrumpen a partir de su ley del 58, siguen resultando intrascendentes sobre el tema.

La jurisprudencia emplea, junto a criterios esperanzadores como el de la objetivación necesaria de las percepciones (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 23-X-64, Ref. Ar. 5.209-64) otros menos seguros como el de corresponder o no a producción y existencia, voluntariedad unilateral, desigualdad o singularidad de los acuerdos de abono (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, Ar. 4.288, de 23-VI-65, Ar. 5.790-65 y 5.803-65, así como la de 11-VI-66, Ar. 3.530). Naturalmente, se atiende a la existencia o no de contraprestación junto a los criterios reseñados. Importantísima la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, Ar. 5.075-63, de 25-X-63, que concede prioridad a la ley de Contrato de trabajo, artículos 9.º y 37, y Reglamento de Accidentes de Trabajo, artículos 58 y 60, sobre el Decreto de 21-IX-60, recordando que el

cordemos, no obstante, la naturaleza puramente pragmática que el Tribunal Supremo otorga (11) al Decreto, necesitado, por tanto, de ulterior desarrollo, así como a su Orden complementaria de 8-V-61, lo que no evita que, al no ser el estatuto preexistente especialmente protector, la liberalidad del empresario quede fortalecida con el contenido de estas normas.

Por fin, hay que reseñar la aparición de la normativa de Seguridad Social, que desarrolla la ley de Bases de 28-XII-63, en especial, texto articulado I de 21-IV-66 y Orden de 28-XII-66, que nada interesante aportan al girar sobre el eje cardinal de la cotización sobre bases tarifadas (12). Tendrá que crearse el criterio de la remuneración total como base, en la ley de Financiación y perfeccionamiento de 21-VI-72 para que haya lugar a referencias a nuestro tema dignas de comentario. Pero como tal norma y sus complementarias integran ya el sistema vigente, posponemos su análisis a los apartados siguientes.

Dejemos constancia, simplemente, de que antes de la entrada en vigor de la reforma del 72, y a efectos de Seguridad Social, las gratificaciones voluntarias resultaban intrascendentes, obviamente, para la base de riesgos comunes, al ser tarifada, pero no para la de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en virtud de lo dispuesto en el Reglamento del 56, siempre que pudiera probarse su existencia.

De otro lado, a efectos puramente laborales, y a la luz de las normas examinadas, creo que ha quedado clara como posición predominante la de mera

artículo 58 del Reglamento no incluye como excepción la gratificación voluntaria, y que «el criterio contrario conducirá a facilitar cauce para que pudieran encubrirse elevaciones futuras, en las ordinarias remuneraciones, bajo el falso concepto de gratificaciones, y a cargar al Decreto de 21-IX-60 la finalidad, muy en contra de su motivación y contenido, de introducir un empeoramiento del preexistente estatuto económico-jurídico del trabajador». Desgraciadamente, tan acertado punto de vista resulta excepcional, y el empeoramiento aludido se produce. Es clara la resistencia a conceder naturaleza salarial, y, por ende, obligatoriedad a la gratificación. Los criterios empleados para ello los hemos examinado. Así, cuando la sentencia del Tribunal Supremo de 23-II-67, Ar. 1.485-67, define la gratificación dice que es «una remuneración especial que se concede al trabajador además del salario, por ciertos y determinados motivos y requiere, para adquirir carácter obligatorio, un fundamento jurídico especial».

(11) En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 11-VI-62, 12-VI-62, 19-IV-63, 2-I-64 y 7-V-66, cit. ab. *Leyes sociales de España*, MEDINA-MARAÑÓN, página 62. Se advierte que, no obstante, la Sala 6.ª ha aplicado, en ocasiones, la norma 5 de 11-VI-66, 11-IV-67. De hecho, ha predominado el primer criterio.

(12) La jurisprudencia continuará, por tanto, la línea anterior, vid., por ejemplo, la citada por BAYÓN: *Manual*, 9.ª ed., pág. 461; Tribunal Central de Trabajo, 11-XI-71, 8-VI-70 y 16-III-70; Tribunal Supremo, Sala 6.ª, 14-II-73.

liberalidad, sin obligatoriedad, salvo existencia de fundamento jurídico especial, sin existir referencias, ni en la jurisprudencia, como hemos visto, al mercado de mano de obra, a los niveles salariales impuestos por la realidad de los sectores de oferta de empleo, o, mucho menos, a la exigencia vital de su necesidad alimenticia.

III

TENDENCIAS DOCTRINALES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

En el Derecho anglosajón, las peculiaridades propias del mismo impiden a su doctrina más caracterizada establecer especificaciones de validez general y, en consecuencia, realizar profundizaciones sobre reglas axiomáticas, abocándola más bien al comentario de supuestos específicos (13), dado que el último fundamento de la cuestión que nos ocupa, reside, de un lado, en la trascendencia del pacto colectivo o el contrato individual que incorpora el contenido de aquél en todo o en parte (14), la intervención decisiva de los *wages council* (15), sustitutiva, en cierto modo, del establecimiento indiscriminado de un S. M. I., ausencia de normas generales al respecto y necesidad de examinar las circunstancias peculiares de cada caso (16), aplicación judicial del criterio del *quantum meruit* ante laguna contractual individual y colectiva (17), esto es, la estimación específica del trabajo en cuestión y, por fin, la inexistencia de topes mínimos y máximos generales (18).

La aportación, por tanto, a la problemática continental es muy relativa, por las dificultades de establecer paralelismos en el planteamiento de fondo, siendo valioso, no obstante, como sistema subsidiario posible en el planteamiento continental el referido al criterio del *quantum meruit*.

De las escasas referencias al tema que en la doctrina continental (19) ha-

(13) Vid. K. W. WEDDERBURN: *The worker and the law*, Penguin Books, 1971, 2.ª edición, pág. 100, sobre el pago de salarios como obligación primaria del empleador.

(14) HEPPLÉ Y O'HIGGINS: *Individual employment law*, Londres, 1971, pág. 75, 9-02.

(15) AIKIN Y REID: *Employment, welfare and safety at work*, Penguin Book, 1971, página 95, y HEPPLÉ Y O'HIGGINS, cit., 9-02.

(16) Op. cit., loc. cit.

(17) HEPPLÉ..., cit., 9-03, pág. 76.

(18) AIKIN..., op. cit., pág. 82, y HEPPLÉ..., cit., pág. 82, 9-17.

(19) BRUN-GAILLARD: *Droit du travail, Mise à jour 1968*, Sirey, págs. 40 a 42 y 98; G. LYON-CAËN, G. H. CAMERLYNCK: *Precis*, págs. 184-187; M. COHEN: «Le régime juridique des primes et gratifications», en *Rev. prat. Droit social*, núm. 225, enero 64; LYON-CAËN: *Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la Séc. Soc.*, Dr.

llamos, se deduce la preocupación por distinguir los matices de liberalidad o de obligatoriedad.

Con respecto al Derecho alemán, Hueck-Nipperdey (20) refieren la gratificación a la concedida en ciertas ocasiones que la hacen equivaler a nuestras pagas extraordinarias. Sin embargo, el planteamiento es aplicable a la que aquí entenderemos por gratificaciones. Junto a la aceptación de la naturaleza salarial, se exige para su pretensión con fundamento jurídico especial:

- a) Acuerdo expreso o tácito (individual o colectivo, expreso o usual).
- b) Concesión repetida e incondicionada (la jurisprudencia del R. A. G. y del B. A. G. atienden a la dedicación de los trabajadores de seguir recibéndola en el futuro).
- c) Principio de igualdad de trato (para conexiones a grupos).

Quizá el argumento más progresivo puede resultar el de la repetición incondicionada, con vistas a la aceptación salarial de la partida. También interesante, a mi modo de ver, el criterio de la igualdad de trato, y obvio, en cambio, el del acuerdo.

Lyon-Caen (21), respecto al planteamiento francés del tema (22), al tiempo que destaca el criterio del pacto y del uso de Empresa o profesión, fija la cuestión de obligatoriedad sobre la distinción, que reconoce difícil, de la onerosidad o no.

En el país vecino, la evolución sobre el tema se produce con origen en el Derecho de la Seguridad Social, pasando de él al de Trabajo propiamente dicho, pues si se considera oneroso a efectos de cotización, ello debe influir sobre el régimen laboral.

Soc., 1960, págs. 613; *Traité de droit du travail*, Col. Camerlynck, tomo II, Dalloz, 1967, págs. 176 y sigs. Cit. por BRUN Y GALLAND; F. SARAMITO: *La détermination de la rémunération des travailleurs*, Dr. ouvr., 1963, pág. 1; PIPPI: *Du salaire individuel au salaire social*, Thèse Aix, 1965. F. SANTORO-PASSARELLI: *Nociones de Derecho del Trabajo*, I. E. P., Madrid, 1963, pág. 193; HUECK-NIPPERDEY: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Rev. Deho. Priv., Madrid, 1963, págs. 129-130; R. CORRADO: *Trattato di Diritto del lavoro*, vol. III, Torino, 1969, pág. 441 y sigs.; GUIDOTTI: *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milán, 1956, págs. 238 y sigs.

En general, cabe dejar constancia de la escasa atención que la doctrina italiana dedica al tema de la gratificación, quizá compensada con la que se presta al tema salarial en los pactos colectivos.

(20) Op. cit., loc. cit.

(21) *Traité...*, cit.

(22) También referido en especial a la gratificación anual de la cantidad fija, «para compensar celo y trabajo», «para indicar al personal su satisfacción del trabajo cumplido y contribución a la prosperidad de la Empresa».

Y en Seguridad Social se dan dos etapas, marcadas por la promulgación de la ley de 20-III-54. Con anterioridad a ella, la gratificación se consideraba liberalidad exenta de cotización, salvo contrato o uso constante.

Con posterioridad, se considera parte integrante del salario «todas las sumas entregadas con ocasión del trabajo ... concretamente las gratificaciones». El Derecho de la Seguridad Social se adelanta así al de Trabajo.

Algo parecido a lo ocurrido, como hemos visto, con nuestro Reglamento de Accidentes de Trabajo.

Sólo subsiste, volvemos a Francia, la gratificación-liberalidad, con carácter excepcional, cuando se conceden con ocasión de un acontecimiento individual o familiar, sin ninguna relación con el trabajo (boda, alumbramiento, bautizo, etc.).

Brun y Galland (23), por su parte, resumen las condiciones exigidas actualmente por la jurisprudencia para la admisión del carácter salarial:

a) Constancia: suficiente para la creación del uso (Soc., 22-X-53, I. C. E., 1954, pág. 416), siendo muy exigente al respecto.

b) Fijeza: Tanto para el cálculo de la misma (Soc., 25-IV-67, Bull, IV, núm. 328, pág. 274), con referencia a un baremo preestablecido (Soc., 8-XII-65, Bull, IV, núm. 887, pág. 756), sin variaciones arbitrarias en las condiciones de atribución (Soc., 7-XI-63, J. C. P., 1964, II, 13.661), como para la regularidad, opuesta a la intermitencia (Soc., 9-IV-62, D., 1962, J. 491).

c) Generalidad, para el conjunto a una categoría, al menos, del personal (Soc., 14-XII-65, Bull, IV, núm. 925, pág. 790). Pero lo interesante es que la inversa, esto es, la individual, no se considera como carente de este requisito, sino, por el contrario, implica la presunción de una convención tácita, con lo que se aseguraría su carácter salarial.

En fin, la reunión de los tres requisitos otorga el deseado carácter salarial.

En otro tiempo, empleado el criterio de la *opinio necessitatis* (Soc., 4-XII-52, D. 1954, pág. 781), es decir, la convicción del trabajador beneficiario de serle debida, añadida como elemento espiritual a los tres materiales enunciados, es abandonado con posterioridad, claramente en los años 60 (Soc., 9-V-61, Bull, IV, núm. 509, pág. 408; Soc., 8-XII-65, J. C. P., 1965, IV, 5, incluso con declaración expresa contraria del empleador) (24).

(23) Op. cit., pág. 41.

(24) Op. cit., pág. 42.

Como puntualizaciones interesantes cabe consignar con los autores que seguimos (25):

a) La presunción se establece a favor de la liberalidad, por la Corte de casación, incumbiendo la prueba de la costumbre generadora del carácter salarial al trabajador.

b) Liquidación a prorrata de la gratificación anual en el caso de abandono de la Empresa.

c) Integración en las bases de cotización de las gratificaciones-liberalidad, según la ley de 20-III-54, para evitar dificultades de calificación jurídica. Sin embargo, no se toma en cuenta para el preaviso y el despido, dualidad de regímenes, ya comentada, que estiman los autores muy lamentable.

Señalan (26) respecto a la aplicación del S. M. I. G., que para determinar si ha sido respetado el criterio de la Corte de casación computar las gratificaciones de naturaleza salarial, habida cuenta de lo dispuesto en el Decreto de 23-VIII-50 sobre complementos salariales (27).

Respecto a Italia cabe señalar (28), de un lado, la distinción entre premios, instantáneos y eventuales, de gratificaciones, duraderas, periódicas, distintas de la retribución base, anuales o mensuales, y de otro, la evolución sufrida respecto a estas últimas, que de mera liberalidad del empresario condicionada a la obtención de beneficios, se ha venido transformando en una compensación estable, identificada en general, con una decimotercera mensualidad (para el contrato a tiempo determinado, artículo 5.º, 1.º, ley de 18-IV-62, número 230) diferenciada de conceptos como los subsidios temporales, pluses, indemnizaciones y restantes compensaciones por puesto de trabajo o méritos especiales.

El criterio general para la dotación de naturaleza salarial a todas estas retribuciones accesorias, con base en el artículo 2.121, 1.º, del Código civil («... e ogni altro compenso di carattere continuativo...») referido a la extin-

(25) Sobre el *animus donandi* y enfoque civilista en la Corte de casación, vid. *Précis*, cit., pág. 184, referencia a *Arrêt de Ch. réunies*, S-VIII-41, y distinción de elementos materiales y espirituales o intelectuales.

(26) Op. cit., pág. 98.

(27) Sobre régimen jurídico, vid. *Précis*, cit., pág. 186.

(28) R. CORRADO: *Trattato di Diritto del lavoro*, vol. III, Torino, 1969, págs. 447 y sigs.; GUIDOTTI: *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milán, 1956, págs. 238 y siguientes; F. SANTORO-PASSARELLI: *Nociones de Derecho del Trabajo*, I. E. P., Madrid, 1963. En general, escasísimas las referencias al tema.

ción de la relación laboral es el de la asunción de carácter continuado, como la propia retribución básica, y en ese sentido deberá tenerse en cuenta a todos los efectos respecto de los que tenga importancia su cuantía, salvo disposición normativa en contrario.

Tal naturaleza salarial no pueden, por supuesto, alcanzarla, pese a su reiteración, partidas no retributivas como suplidos, reembolsos y similares.

En Latinoamérica (29) el planteamiento del tema no es radicalmente distinto. La doctrina ha distinguido la gratificación, también concibiéndola de modo especial como entregada en ocasiones especiales, de la propina, participación en beneficios, «sueldo anual complementario» o «aguinaldo» (obligatorio en Argentina, según artículos 45 y 46 del Decreto 33.302-45), etcétera. Lo vital es también la dialéctica liberalidad-obligatoriedad, aunque no se haya admitido el carácter de donaciones (C. S. N., 27-X-69, L. T. XVIII-A (1970), 47; 15-470, *ibid.*, 427) que se resuelve a favor de la última por el otorgamiento periódico y consecutivo generador de uso, pero aun en este caso caben dos excepciones respecto a las que la jurisprudencia se muestra unánime y que, quizá, distingue el planteamiento del europeo; reserva del derecho de anulación por el empleador o, esta segunda menos importante, incumplimiento de los requisitos establecidos.

Cabanellas, no obstante, y de modo encomiable, opone (30) serias dudas, con Pla Rodríguez, al carácter de mera liberalidad.

Es, sin embargo, Deveali, quien, en estrecho contacto con la doctrina brasileña (31) ha prestado, quizá, mayor atención al tema, realizando una serie de puntualizaciones importantes, a saber:

a) Naturaleza: Aunque no obligatoria, nunca de donación, sino de remuneración.

b) Notas distintivas:

— Unilateralidad de la iniciativa.

— Carácter complementario.

(29) CABANELLAS: *Compendio de Derecho laboral*, tomo II, Buenos Aires, 1968, página 606; KROTOSCHIN: *Manual de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1972, página 66, a título ejemplificativo.

(30) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(31) M. DEVEALI: *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1964, tomo II, libro VI, por J. López, págs. 418 y sigs.; «Aun a propósito de las llamadas gratificaciones», *Rev. Derecho del Trabajo*, tomo XVI, 1956; L. J. DE MIESQUITA: *Das Gratificações no Direito do Trabalho*, San Pablo, 1957.

c) Fuente de la obligatoriedad: dos tendencias en la doctrina:
— Objetiva: basada en la habitualidad.
— Subjetiva: basada en el *animus* de obligarse del empleador.

d) Forma de entender la habitualidad.

No por la mera reiteración, sino por la uniformidad o certidumbre en el modo de determinar su cuantía (sobre nivel de beneficios, por ejemplo), aunque ésta varíe.

e) Excepción de la obligatoriedad.

Reserva explícita por parte del empresario de no obligarse, lo que impide que se forme una buena fe —creencia de obtener siempre la gratificación—.

f) Devengo.

— Espontáneas: Desde que se prometen por el empleador.
— Obligatorias: A prorrata del tiempo trabajado en el período a que se refiere la gratificación (reiterada, claro es).

g) En el tema de la igualdad de trato se remite a la normativa salarial general, lo que implica, de otro lado, no excepcionalidad en materia de gratificaciones, factor este que es el que nos puede interesar a efectos de aplicación al planteamiento español.

Como se había observado, pues, la gran quiebra peligrosa del sistema expuesto por Deveali se da en la incidencia subjetiva, ya que, si es cierto que un *animus* del empleador no manifestado puede resultar intrascendente ante la habitualidad, requisito material, no es lo menos que la exteriorización de ese ánimo es decisiva. Se ha operado, en definitiva, una traslación de la apreciación del ánimo del empleador al darla al trabajador al recibirla. Lo que interesa es saber qué elementos puede tomar en cuenta el trabajador para formar un ánimo de recepción constante, pero (aquí viene la quiebra) tal ánimo de recepción constante no es apreciable si media declaración expresa contraria del empleador, con lo que viene a prevalecer el ánimo de éste.

Y pasemos ya, para terminar, a la doctrina española (32) que surge en la última etapa de las consignadas en la reseña histórica.

(32) BAYÓN: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 9.^a ed., Madrid, 1973-74, páginas 460-461; ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, Univ. de Madrid, Fac. Dcho., Madrid, 1971, págs. 155-156; *Lecciones sobre contrato de trabajo*, Univ. Madrid, Facultad Dcho., Madrid, 1968, págs. 158-160; ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del*

El profesor Bayón (33), respecto a las mejoras voluntarias, constata su carácter de gratificación especial y de libre concesión, incremento, reducción o supresión siempre que no exista ni exigencia de contraprestación, en primer lugar, ni pacto con el trabajador, en segundo, ni, por fin, condicionamiento alguno que hiciera desaparecer el carácter discrecional.

Como vemos, el punto que podría ser clave sería el de la posibilidad de admisión de pacto tácito por habitualidad y regularidad en la concesión.

Sobre las mismas ideas insiste Alonso Olea, subrayando (34) además que los distintos tipos de gratificaciones cuentan con sus propias reglas, con lo que virtualmente no se aplica la general del artículo 46 de la ley de Contrato de trabajo, que por lo demás, no destacamos en su momento por entender que no era de aplicación al fenómeno que ahora estudiamos.

Constata también Bayón (35) la práctica generalizada de entrega de gratificaciones sin recibo ni nómina para evitar su repercusión legal y en las cuotas de Seguridad Social, fenómeno al que nos referiremos más adelante.

Alonso García (36) distingue gratificaciones y pagas extraordinarias por dos factores: la posibilidad de concesión individual y la libertad absoluta en cuanto a referencia de módulos de cálculo.

Como finalidades buscadas con su concesión por la Empresa destaca el estímulo, recompensa, la evasión fiscal o la realización de una concreta política económica. Admite la posibilidad, no obstante, de desconexión absoluta con el trabajo que se realiza.

Alude también al artículo 46 de la ley de Contrato de trabajo y a la consideración como premios del Decreto de 15-II-62, pero dado que para ello se exigía el establecimiento por normas o pactos, debemos entender que sus referencias piensan en las establecidas expresamente y que por ello caen fuera del objeto de nuestro estudio, lo que explica también la alusión al artículo 46 de la ley de Contrato de trabajo. En lugar distinto (37) trata de las retribuciones voluntarias, subrayando únicamente el tema de la libertad de absorción, compensación y supresión.

El profesor De la Villa, en su construcción de la tipología de los complementos extrasalariales (38) incluye la gratificación dentro de lo que denomina

Trabajo, 3.^a edic., Ariel, Barcelona, 1971, pág. 523; DE LA VILLA: *Esquemas de Derecho del Trabajo*, Fac. Dcho., Valencia, curso 71-72, págs. 401-403; RODRÍGUEZ PIÑERO: *Apuntes de cátedra*, 3/f., ed. multicopiada, págs. 218 y sigs.

(33) Op. cit., loc. cit.

(34) Op. cit., loc. cit.

(35) Op. cit., pág. 460.

(36) Op. cit., loc. cit.

(37) Op. cit., pág. 529.

(38) Op. cit., págs. 401-403.

«beneficios que obedecen a políticas de relaciones humanas, integración de los trabajadores, interesamiento, etc.», citándoles como «ciertas mejoras voluntarias», estimándolas muy conectadas con las partidas (complementos familiares, plus de ayuda escolar y carestía de vida) que integran el apartado de «beneficios que pretenden la suficiencia de las percepciones totales del trabajador».

Rodríguez Piñero otorga carácter extrasalarial (39) a toda partida que, aun percibiéndose con ocasión del trabajo, incurra en falta de traducción en enriquecimiento patrimonial (prestigio, por ejemplo), ofrecimiento indiferenciado (obras sociales, por ejemplo), no ser debidas por el empleador (gratificaciones, por su concesión graciosa, y propinas, por provenir de un tercero) o poseer título diverso a la función laboral propiamente dicha (indemnizaciones y sustitutos del salario).

Ya con respecto a las que llamaré en adelante concesiones graciabiles (40), realiza las siguientes puntualizaciones interesantes:

— No son salariales si están concedidas discrecional y unilateralmente, a título gratuito, sin reciprocidad y con derecho de supresión (aguinaldo, suceso familiar o de la Empresa, premio al celo, etc.).

— La repetición puede transformar su título en oneroso, en complementos salariales, «entre nosotros es ya vieja la doctrina que mantiene el carácter salarial de las gratificaciones que tengan carácter normal y constante, adquiriendo por estos caracteres fuerza de obligar, pero no el acto de liberalidad, aunque haya sido repetido en varias ocasiones (Reglamento de 21-I-32)».

La clave la centra en la percepción de modo regular, general y fijo, *aunque varíe su monto*.

— Las concesiones de aumentos, aunque con causa onerosa, no pueden reclamarse mientras no se concedan por la Empresa, al no estar convenidos de antemano.

— El Decreto de 21-IX-60 ha establecido la presunción a favor del título gratuito, en contra de orientaciones anteriores (Reglamento de 13-VI-32) más progresistas, que establecían la presunción contraria. Así, invertida la prueba, será el trabajador quien deba con-

(39) Op. cit., pág. 218.

(40) Op. cit., pág. 220 a 222.

testar la normalidad, fijeza o reiteración, de que se deriva la onerosidad, sin que baste para contrariar esta prueba la denominación dada a la percepción.

«Con ello adquiere carta de naturaleza el acto a título gratuito en el marco de la relación laboral, pese a que en puridad, tenga difícil encuadre en éste.»

IV

NORMATIVA VIGENTE

Habíamos detenido la reseña histórica en el momento de la aparición de la ley de Financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen general de la Seguridad Social, de 21-VI-72. Es ésta, con sus disposiciones complementarias, y la ley de Contrato de trabajo de 26-I-44, de la que ya hemos hablado para resaltar su intrascendencia, a pesar de la aparente aplicabilidad de su artículo 46, la normativa vigente esencial (junto a ellas habría de tener en cuenta lo dicho respecto al Decreto de 21-IX-60 y Reglamento de Accidentes de Trabajo) hasta 17-VIII-73.

Como vemos, las únicas novedades posibles en esta etapa afectarán al planteamiento de Seguridad Social, no al de trabajo, y, de hecho, la jurisprudencia sigue la misma línea en tal materia y período que en el anterior (41), incluso con apoyo en el Decreto de 21-IX-60.

Por ello, prescindiendo ahora del estudio de normas sectoriales que efectuaremos más adelante, es quizá el momento de centrarse sobre la nueva normativa de Seguridad Social para ver si se introduce alguna reforma que afecte a nuestro tema.

La ley, en su artículo 2.º, constituye la base de cotización por la remuneración total, que se tenga derecho a que efectivamente se perciba, cuya diferencia con la tarifada, con determinados límites integra la base complementaria.

Pues bien, lo que aquí nos interesa es consignar que en el párrafo segundo, dedicado a las exclusiones de dicha base, no se mencionan las gratificaciones, sino solamente los «productos *en especie* concedidos voluntariamente

(41) Así, sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13-VI-73, J. S., 319-73; Tribunal Central de Trabajo, sentencia del Tribunal Supremo de 14-II-73, J. S., 29-73 Tribunal Supremo.

por las Empresas», de donde *a sensu contrario* parece poderse deducir que las concedidas, incluso voluntariamente, pero en metálico, deben integrar la base de cotización.

Examinemos a continuación las disposiciones complementarias (42) para ver si podemos confirmar la impresión o se ha tratado de una omisión que luego cubren las normas interiores en sentido distinto.

Por de pronto, observamos que desde el primero de los modelos oficiales de recibo de salarios, anexo a la Orden de 27-VI-72, objeto de ulteriores y variadas reformas, la partida de «retribución voluntaria» figura entre los devengos salariales, que el Decreto de cotización no realiza puntualizaciones sobre las evoluciones de la ley, y que la Orden de 30-VI-72, sobre cotización, insiste y confirma, en su artículo 1.º, 2, lo dispuesto en la ley.

Parece, pues, tratarse definitivamente de un fenómeno paralelo al que hemos visto comentar en la doctrina francesa respecto al mayor progresismo de las normas de Seguridad Social sobre las laborales propiamente dichas.

En este momento, pues, y salvo casos de manifiesta habitualidad uniforme en la concesión a título oneroso, realmente excepcionales, las gratificaciones, que no son obligatorias, que pueden reducirse, suprimirse, absorberse y compensarse, deben integrar la base de cotización o Seguridad Social sobre la que se calculen posteriormente las diversas prestaciones.

Posteriormente, en 1973, y a través del Decreto 527, de 29 de marzo, y Orden de 5-IV-73, de desarrollo, completada por la resolución de 9-V-73, se lleva a cabo la fijación de nuevo S. M. I., bases y tipos de cotización, que nada dispone que pueda afectar al tema de la gratificación, como ocurrirá con la posterior elevación de 1974, llevada a cabo por el Decreto 797, de 29 de marzo, y Orden de 4-IV-74.

Pero en 1973 verán la luz dos normas transcendentales, el Decreto 2.380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación de salario, en adelante D. S., y la Orden de 29-XI-73, para su desarrollo.

Sigamos de cerca el contenido esencial de sus preceptos, aun sin profundizar en las deducciones a obtener del mismo, lo que se hará en el siguiente epígrafe.

Por de pronto, hay que subrayar la derogación expresa (D. D.^a) del Decreto de 21-IX-60 y Decreto de 15-II-62, de los que así, por fin, nos vemos liberados, además de cuantas normas se opongan a lo dispuesto en la nueva

(42) Decreto 1.645/72, de 23 de junio; Decreto 1.646/72, de 23 de junio; Orden de 27-VI-72 y Ordenes ministeriales de 30-VI-72, sobre escalas de normalización, tipos, y cotización, desarrollo del Decreto 1.645, sobre cotización, Orden de 1-VII-72 y Orden de 31-VII-72.

legalidad, cuyos criterios, por tanto, son ya los únicos a tomar en consideración, además, claro es, de la ley de Contrato de trabajo, que no puede verse afectada, por jerarquía normativa, por la derogación.

Salario es, según artículo 2.º D. S., la totalidad de percepciones económicas en dinero o especie, sin más exclusiones que, artículo 3.º D. S. y 4.º O. S., las indemnizaciones o suplidos por gastos, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

En la enumeración de las partidas excluidas que lleva a cabo el artículo 4.º O. S., no se encuentra ninguna que pueda considerarse similar a gratificaciones o mejoras voluntarias (la cita de estas últimas va referida a las de Seguridad Social previstas en los artículos 182 y siguientes del texto articulado correspondiente).

De lo analizado hasta aquí parece clara la posibilidad de deducir la naturaleza salarial de las gratificaciones. Veamos si en el capítulo de inclusiones se las menciona de forma expresa.

Y aquí es donde puede darse la interpretación dudosa, porque como integrantes del salario la nueva normativa no concibe sino (artículos 4.º y 5.º D. S. y 1.º, 2.º y 3.º O. S.):

... Salario base: el fijado por unidad de tiempo.

... Complementos: personales, de puesto de trabajo, por calidad o cantidad de trabajo, de vencimiento periódico superior al mes, en especie y de residencia.

Ninguna mención específica o análoga a las mejoras o gratificaciones, excepto la que se hace dentro de los complementos de vencimiento periódico superior al mes, a saber ... «las gratificaciones extraordinarias o la participación en beneficios ...» únicos ejemplos citados para tal tipo de complementos.

Destaquemos también que para los complementos de puesto de trabajo se subraye su naturaleza funcional no consolidable, y que respecto a los personales se admite ... «cualquier otro de naturaleza análoga que derive de las condiciones personales del trabajador y que no haya sido valorada al ser fijado el salario base».

Todos estos complementos, excepto los de calidad y cantidad de trabajo y en especie, son tenidos en cuenta por el artículo 6.º D. S. y 6.º y 7.º O. S. a efectos de módulo de cálculo del importe de las horas extraordinarias.

De otro lado, en el nuevo modelo oficial de recibo de salarios anexo a la Orden no se prevé ya la constancia de cantidades en metálico como «retribución voluntaria».

Por fin, subrayemos de modo especial las, a mi modo de ver, trascendentes reglas contenidas en el artículo 10 O. S., cuyo párrafo primero establece que en convenios, R. R. I., y contratos, «las percepciones económicas de carácter salarial, cualquiera que sea la denominación que las partes les asignasen, se entenderán automáticamente referidas al salario base ... o a sus complementos ... Las percepciones ... no asimilables a alguno de los aludidos complementos se imputarán al salario base».

El párrafo segundo establece la libertad de absorción y compensación de retribuciones superiores a los mínimos generales, «en su conjunto y en cómputo anual».

Vista ya la normativa general, pasemos a la sectorial, no sin advertir que ésta pertenece, respecto al momento de su origen y con preferencia, a épocas anteriores al régimen general vigente, pero dado que resultan aplicables junto con D. S. y O. S. no nos eximimos de su comentario, aunque éste sea con ánimo más ejemplificativo que exhaustivo y ceñido a las normas de mayor importancia exclusivamente.

Y como pórtico obligado de tal análisis hay que recordar el contenido del artículo 8.º del D. S. y 6.º de la O. S., ya que el primero ordena, con terminología imprecisa que entiende referible a las normas sectoriales que «toda regulación salarial» deberá determinar los módulos de cálculo de complementos, que nunca podrán ser inferiores al salario base, y el artículo 6.º O. S. en su párrafo segundo permite que Ordenanzas y Reglamentaciones establezcan módulos para cálculo de horas extraordinarias distintas a las preconizadas por el precepto, lo que entiendo que debe referirse al procedimiento de cálculo y solamente cuando suponga mejora.

Con estas ideas previas repasemos el tema de las gratificaciones en las principales Ordenanzas:

La de Construcción, de 28-VII-70, en su artículo 97, al detallar el contenido del salario, excluye las cantidades libremente concedidas, en transcripción fiel de la redacción del Decreto de 21-IX-60.

La de Siderometalurgia, de 29-VII-70, en los artículos 64 a 86, dedicados al salario, guarda silencio sobre el tema, así como la de, por ejemplo, Enseñanza no estatal de 30-IX-70, Teatro, Cine, variedades y folklore, de 28-VII-72, Bebidas refrescantes, de 2-VI-72, Empleados de fincas urbanas, de 20-I-71; Minería del carbón, de 29-I-73; Transportes por carretera, de 20-III-71; Oficinas y despachos, de 31-X-72; Prensa de 23-III-71; Artes Gráficas, de 29-V-73; Madera, de 28-VII-69; Textil, de 7-II-72; Comercio, de 24-VI-72, y así un largo etc. de silencio absoluto respecto gratificaciones, que sólo son mencionadas como sinónimo de las pagas extraordinarias de julio y diciembre.

Algún comentario merecen las dudas surgidas por la redacción del artículo 35 de la Ordenanza del Corcho, de 15-IV-72, al establecer, a efectos de las pagas extraordinarias, que se entendería por salario «el mínimo legal ... o el mayor que voluntariamente satisfagan las Empresas...» lo que dio origen a una resolución de la Dirección General de Trabajo, de 10-VI-72, aclaratoria de que había que excluir las primas e incentivos, pero que desperdició la ocasión de fijar criterios sobre qué y cómo entender «salario mayor que voluntariamente satisfagan las Empresas».

Y tras este desolador panorama de Ordenanzas y Reglamentaciones, hemos de hacer síntesis del que ofrece el análisis de convenios colectivos sindicales, diciendo que no ofrece aspectos más optimistas, toda vez que, o guarda un silencio sepulcral, con referencias exclusivas a pagas extraordinarias, sean de Julio y Navidad, o de beneficios o, lo que es peor, a complicar el panorama (y se me permitirá que prescindida de la referencia individualizada, cuya variedad y extensión haría inútilmente prolífica esta referencia) se permiten calificar de «extrasalariales» determinadas partidas («pluses», «retribuciones», «complementos», etc.) cuya habitualidad, regularidad y fijeza establecen al propio tiempo.

De tal fenómeno, como del análogo en Reglamentos de régimen interior, habremos de ocuparnos con detenimiento en el siguiente epígrafe.

V

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

1. Enmarcado suficientemente nuestro tema en los epígrafes anteriores, pasemos en éste a enfocar la problemática laboral y de Seguridad Social que la normativa vigente, antes simplemente enunciada, puede presentar en nuestra realidad social.

Realidad social a la que he de referirme como introducción obligada. Aunque ya vimos cómo el propio profesor Bayón aludía a tal realidad (43) conviene subrayar hasta qué punto es práctica generalizada en la Empresa española la remisión al ámbito de autonomía de una parte de las retribuciones, de las que ni se deja constancia en los documentos salariales (modelo oficial de recibos, en especial) ni se computan a efectos de cotización a Seguridad Social. Frecuentemente, incluso se confeccionan «nóminas reales» en libros independientes cuya existencia se oculta. El trabajador recibe, pues, un re-

(43) Op. cit., pág. 460.

cibo oficial en que le constan sueldo base, antigüedad y plus convenio, si lo hay, así como plus de transporte o locomoción en casos especiales que lo requieran, y, de otro lado, un sobre con una determinada cantidad en metálico (que con frecuencia representa un elevado porcentaje del sueldo oficial) de cuya recepción no se le entrega acreditativo alguno, obligándosele, eso sí, a firmar en las que hemos llamado «nóminas reales» el recibí, para garantía de la Empresa (44).

Naturalmente, la frecuencia e intensidad de tal práctica ilegal es mucho más acusada en la pequeña Empresa que en las restantes, oscilando también en razón del tipo de actividad, existencia o no de subcontratas, etc. La pequeña Empresa, cuyo titular no elabora personalmente la documentación salarial (personalmente o por sus empleados, claro está) no suele tener al tanto a los asesores o encargados de las variaciones mensuales ocurridas, muchas veces, hay que reconocerlo, por pura ignorancia de que las cantidades complementarias deban tener una constancia exacta.

En fin, lo cierto es que, del mismo modo que a efectos fiscales es sobradamente conocido el fenómeno de la doble, triple y hasta cuádruple contabilidad, a efectos laborales podemos igualmente hablar, en general, de la doble contabilidad salarial, que hay que suponer que tienda a extenderse a medida que avance la presión sobre los costes de Seguridad Social.

Si nos adentramos en las motivaciones de las partes de la relación laboral aparecerá más nítido el panorama.

El empresario, de un lado, piensa, muchas veces de buena fe, repito, que por el hecho de que sus sueldos superen los de convenio el excedente es algo que depende exclusivamente de su buena y autónoma voluntad, autonomía que ante la inflación intervencionista quiere defender con toda energía para utilizarla, sobre todo en materia salarial, como arma disciplinar frente al trabajador.

De otro lado, el trabajador, y esto es lo más curioso, mira también con recelo el intervencionismo en esta materia, en muchas ocasiones, en parte por no ver el fundamento del mismo, haciéndose así solidario de la defensa de la autonomía empresarial, y en otra buena parte, la más contundente, por miedo a que tal intromisión tenga como consecuencia la pérdida por supresión empresarial de los excedentes de convenio. El argumento de que «eso es cosa nuestra» se halla profundamente enraizado en ambas partes de la relación, que se muestran, por ello colaboradores poco eficaces de una inves-

(44) Un sistema parecido es el utilizado para el abono de horas extras que exceden de los topes legales, aunque son muchas las Empresas que no se recatan de dejar constancia del total.

sigación salarial; quizá tan burdamente descrito el fenómeno sólo parece aplicable al pequeño taller, pero, si vamos a ver, la más sofisticada práctica del «sobre» descansa sobre los mismos fundamentos a nivel de ejecutivos de gran Empresa.

2. Pasemos ahora a caracterizar de forma más precisa las llamadas gratificaciones voluntarias a las que nos estamos refiriendo en este estudio.

Comencemos por la vía de la exclusión.

No cabe considerar como tales, en primer lugar, las retribuciones en especie, que ya hemos visto que quedaban excluidas, a efectos de Seguridad Social, por la ley de 21-VI-72 (45), aunque no es menos cierto que a efectos jurídico-laborales, siguen el régimen general de los complementos, artículo 5.º, E. D. S., con dos matizaciones, una, la limitación de su cuantía como salario, hay que entender, al 30 por 100 del total en metálico y especie, artículo 5.º O. S., y otra, que su consideración no salarial se le puede otorgar, por permisión del artículo 5.º O. S. por cualquier norma legal o venirle dada por su caracterización como «beneficio social» comprensivo de trabajadores y dechohabientes y pensionistas.

Así pues, la exclusión de la ley de 21-VI-72 hay que entenderla ahora referida sólo al excedente de ese 30 por 100 cuando el salario es mixto, o a la totalidad si se alcanza el 100 por 100 con la retribución en metálico.

Tampoco entenderemos por gratificación voluntaria las mejoras voluntarias en Seguridad Social, excluidas del salario expresamente por el artículo 4.º O. S., que las concibe como prestaciones (46).

Nos ceñimos, pues, a las retribuciones en metálico de las que debemos eliminar las previstas específica e indubitadamente en Ordenanzas y convenios colectivos como serán, además del salario base, el plus de antigüedad, distancia y transporte, penosidad, peligrosidad y toxicidad, horas extraordinarias, y similares, más el llamado plus de convenio.

Además de tales partidas debemos descartar otras menos claras, como pudiesen ser las propinas, al provenir de terceros y no del propio empresario, y las de regularidad no mensual, pero taxativamente normales, como las pagas extraordinarias de 18 de Julio, Navidad y participación en beneficios.

Agotada la vía de la exclusión tenemos prácticamente localizadas las partidas a que me quiero referir, esto es, percepciones en metálico, esto es claro, de concesión habitual (respecto a su vencimiento cabe desde el semanal o

(45) Artículo 2.º d: «Los productos en especie concedidos voluntariamente por las Empresas», como cuarta partida excluida del cómputo de la base de cotización.

(46) No nos corresponde aquí distinguir entre las homologadas o no, en virtud de lo previsto en los artículos 182 y siguientes de la ley de 21-IV-66.

mensual, los más frecuentes, hasta los semestrales o anuales, próximos ya al «sobre») y cuantía variable entre límites conocidos y próximos entre sí, dependiendo de las categorías profesionales, cuya concesión impone el mercado de la mano de obra en un momento dado, y cuya oscilación de cuantía es aprovechada por el empresario (47) con fines disciplinares (48), a efectos de objetivar de algún modo el criterio, ya examinado para el Derecho anglosajón, del *quantum meruit*.

3. Pues bien, ante la importancia del fenómeno que se está destacando era lógico esperar con expectación la solución que intentara darle la nueva normativa salarial, cuyos rasgos esenciales hemos repasado.

Y, como hemos visto, la solución intentada ha sido bien simple: ignorar el fenómeno y su importancia.

Tal postura resulta negativa a todas luces, sean cuales fuesen las posibles interpretaciones que la normativa admita, ya que de algún modo habrán de resultar, si no forzadas, insuficientes, desde el momento que la transcendencia del tema hubiese exigido previsiones específicas, más cuando la transcendencia aludida estaba en el ánimo de todos.

Hay que repetir una vez más que la vitalidad del Derecho depende en buena medida de la atención y diligencia con que persiga la realidad social que va a regular. Si la realidad es ignorada, como en este caso ha ocurrido, las otras fuentes de vitalidad, por perfeccionadas que estén, quedan deslucidas.

Partiendo entonces de que los esfuerzos que se hagan en adelante no serán sino parches de un fracaso inicial, intentemos enfrentarnos a las posibles interpretaciones que la normativa admita.

Una reacción primaria se inclinaría a pensar, lisa y llanamente, que como no se trata el fenómeno habrá que remitirse a otras normas para su regulación. Al estar abolido el Decreto de 21-IX-60 y no ser aplicable tampoco la ley de Contrato de trabajo, esas otras normas no podrían ser sino las sectoriales y convencionales, Reglamentaciones u Ordenanzas y convenios colectivos, de cuyo desolador panorama ya se ha tratado.

Sin embargo, esa primera reacción debe ser superada mediante la contemplación de un precepto cuya importancia se destacó al referir la normativa vigente, el artículo 10 O. S., que establece la presunción de imputación a sa-

(47) Junto con la concesión o no de trabajo en horas extraordinarias.

(48) Ya vimos cómo DE LA VILLA: Op. cit., págs. 401-403, los concibe como «beneficios que obedecen a política de relaciones humanas, integración, interesamiento, etcétera». Creo que el sentido es el mismo.

lario base o complementos de las retribuciones con cualquier denominación, con lo que quedaría consagrada la naturaleza salarial de las gratificaciones automáticamente («...cualquiera que sea la denominación que las partes les asignasen...»).

Dos objeciones pueden hacerse a esta interpretación: 1.^o Que el alcance que intentó darse a la norma era simplemente de unificación o intranscendencia de denominaciones, dado el variopinto panorama que ofrecen las fuentes formales de nuestro Derecho del Trabajo. 2.^o Que el precepto está presuponiendo ya el carácter de tales partidas, «las percepciones económicas de carácter salarial», y no ha pensado nunca en otorgarle naturaleza salarial él mismo mediante la fórmula empleada.

Yo no sé cuál sería la primera intención del autor del precepto en origen, pero no creo que puedan tomarse en cuenta ninguna de las objeciones reseñadas cuando sólo contamos con ese precepto y con la muy enérgica fórmula del artículo 2.^o D .S. («tendrán la consideración legal de salario *sin otras excepciones* que las señaladas en el artículo siguiente») junto con la ausencia, como se vio, entre las excepciones aludidas de partida análoga a las gratificaciones.

Así pues, del juego combinado del artículo 2.^o D. S. y 10 O. S., en relación con la falta de constancia entre las excepciones, sólo se puede deducir la naturaleza salarial de las gratificaciones que hemos caracterizado.

Dentro ya del otorgamiento de tal naturaleza habría que dilucidar varias posibilidades, si es base o complementos, cuál de ellas, etc.

Tal como hemos caracterizado la gratificación, naturaleza mixta entre imposición de mercado y ejercicio disciplinar, es claro que no es exactamente asimilable a ninguno de los seis tipos de complementos brindados por D. y O. S., luego, en puridad, deberíamos aplicar el párrafo primero, *in fine*, artículo 10 O. S. e imputarlas al salario base.

Pero de otro lado, no se puede desconocer que la existencia de la gratificación sólo tiene sentido o en razón de una buena calidad o cantidad de trabajo, o en razón de méritos personales acumulados por el productor, aun sobre la base de una presión del mercado.

La solución lógica parece, por consiguiente, presumirla complemento de calidad o cantidad si hay variaciones directamente proporcionales a la productividad, y si no existe tal relación, como presunción subsidiaria, entenderla salario base. No cabe negar, desde luego, la libertad del empresario de asignarla al complemento personal, al de calidad o cantidad o al salario base, pero siempre que exista constancia específica en el momento del pago, no a *posteriori*.

En los casos de ritmo de abono superiores al mensual parece también obvia la imputación a complementos de vencimiento periódico superior al mes, caso que sería el de los famosos «sobres», a que ya se aludió.

4. Una interrogante surge inmediatamente al describir el panorama salarial tal como lo hemos hecho: ¿Resulta imposible, entonces, la libertad del empresario?

Y la respuesta, para ser coherentes con la construcción que venimos haciendo, no puede ser sino en el sentido de que la liberalidad, entrega inopinada de una cantidad en metálico, sigue siendo posible, pero no su conexión con carácter extrasalarial, sino como, por ejemplo, complemento de vencimiento superior al mes, lo que puede llegar hasta el «vencimiento por una sola vez». Sin embargo, están claras las dificultades que ofrece tal concepción, como son el que en el caso de una sola vez falta la periodicidad exigida para la caracterización de tal complemento, en cuyo caso habría que considerarlo salario base, consecuencia ya estridente, el que tal caracterización incluiría la liberalidad en la base para el cómputo de horas extraordinarias, alcance también excesivo, etc. En definitiva que, ciertamente, resulta imposible la liberalidad como tal.

Y no es que sea censurable su desaparición por el elevado grado de paternalismo que supone, pero su eliminación drástica parece una manifestación abusiva del intervencionismo y una seria restricción a la libertad dudosamente defendible.

Siendo más realista no cabe pensar sino en que se pueden deducir unas consecuencias de la letra de la norma excesivas para su espíritu y que, por tanto, resulta necesaria la aparición de una norma aclaratoria de este extremo, sin perjuicio de lo que se dirá al hablar de obligatoriedad.

5. Pasemos ahora a examinar otra serie de aspectos interesantes de la cuestión que nos ocupa, deslindando dos campos, el laboral y el de Seguridad Social.

A) Aspectos laborales

Entre ellos examinaremos los referentes a obligatoriedad, cómputo de módulos, absorción y compensación, liquidación, regulación en otras fuentes, tipificación penal, igualdad de trato e infracciones.

a) *Obligatoriedad.* En principio hay que pensar en las gratificaciones como partidas obligatorias al ser salariales, estableciéndose así una presun-

ción de onerosidad en el título de concesión, presunción que sólo podría romperse por la constancia específica de título ajeno al empresarial absolutamente (acontecimientos familiares del empresario, por ejemplo), lo que sería una solución parcial para la liberalidad, y digo parcial porque afecta sólo a la obligatoriedad de repetición, no al carácter de las concesiones ya realizadas.

El fundamento del criterio de onerosidad, a la luz del Derecho comparado, como hemos visto, debe ser absolutamente objetivo, descartando, de entrada, todo tipo de *animus* u *opinio*, que debemos considerar intrascendentes. Y en el panorama de los criterios objetivos no cabe duda que el más seguro resulta el de la habitualidad, pero quede claro que para indicarnos sólo la frecuencia, no la gratuidad u onerosidad. Las concedidas por una sola vez cabe considerarlas gratuitas en relación con un suceso extraempresarial, y las demás, en definitiva, son salariales una vez concedidas y son obligatorias en razón de su habitualidad, dependiendo su frecuencia y cuantía de los factores a que obedezca su concesión.

En tal sentido, es claro que deben resultar intrascendentes las manifestaciones puramente subjetivas de las partes de la relación, a saber:

- Reserva del empresario, o
- Renuncia del trabajador al carácter salarial.

Por ello, el acuerdo de gratuidad por una sola vez, y sin posterior periodicidad resultará eficaz en razón del dato objetivo de la ausencia de periodicidad, no por el acuerdo en sí, que sólo tendría carácter declarativo.

b) *Cómputo de módulos.*—Las gratificaciones deben integrar, desde luego, las bases para el cálculo de indemnizaciones por despido, suspensión, traslado y similares.

Respecto al cómputo para horas extraordinarias sólo integrarán el módulo cuando, en virtud de las presunciones a que aludí con anterioridad, deban considerarse sueldo base, complementos personales o de vencimiento periódico superior al mes, no en la generalidad de los casos, en que respondan a calidad o cantidad de trabajo.

c) *Absorción y compensación.*—En este punto me atrevería a decir que es donde la nueva normativa salarial resulta más regresiva. En efecto, en el momento en que la doctrina (49) está llevando a cabo severas críticas al sis-

(49) Vid., por ejemplo, al respecto, L. E. VILLA: *Op. cit.*, pág. 369; J. MONTALVO: *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Fac. Dcho., Madrid, 1971; *Absorción*

tema anterior, el artículo 10, párrafo segundo, de la O. S., declara sin restricciones la libertad absoluta de absorción y compensación, acogiéndose a la fórmula de globalización, traída del Derecho italiano, que ordena considerar las retribuciones «en su conjunto y en cómputo anual».

Las gratificaciones, obviamente, no son excepciones y resultan, por tanto, absorbibles y compensables con las mejoras establecidas en Ordenanzas, convenios y Reglamentos de régimen interior.

Únicamente cabe manifestar en este punto el apoyo a las críticas de carácter general que se han formulado al respecto, remitiéndome a las fuentes indicadas, al no ser problema específico de nuestra materia.

d) *Liquidaciones*.—Bajo este subepígrafe me quiero referir a la práctica generalizada en ciertos sectores empresariales en el sentido de exigir el alta actual en la plantilla para reconocer el derecho, en las liquidaciones finales, al abono de gratificaciones y otras partidas salariales, como la participación en beneficios; partidas que, normalmente, no cuentan con un reconocimiento expreso y específico en los documentos salariales de la Empresa.

Al respecto no cabe sino considerar que, en la normalidad de los casos, si la gratificación se ha devengado por períodos de trabajo efectivamente ya realizado, no existe causa alguna para la supresión de su abono, íntegro o proporcional, en la liquidación final.

El problema puede ser más delicado en los de vencimiento anual, por ejemplo, sin expresión del ejercicio productivo al que van referidas, dificultad salvable mediante el análisis de los ritmos de abono en relación con los períodos de trabajo desde el alta del trabajador.

Ahora bien, cabe preguntarse por la posibilidad de condicionar la gratificación anual a la permanencia en alta en el momento de su abono habitual, suponiendo, claro está, la posibilidad de prueba de tal condicionamiento. Y pienso que, hoy por hoy, no contamos con ningún instrumento legal efectivo que impida el condicionamiento, su aceptación y validez de su práctica, salvo supuestos de abuso de derecho en el ejercicio de la facultad contractual, o de tipificación salarial específicamente unido a producción determinada. No es claro, en cualquier caso, el criterio a seguir, necesitado de interpretación auténtica.

y compensación de salarios en las normas convencionales, págs. 327 y sigs., y en C. C. D. T., 1971, núm. 2, así como el trabajo de ALBIOL: «La cuantía salarial», en R. D. P., abril, 1971.

e) *Regulación en Ordenanzas y convenios.*—Ya hemos visto la disparidad existente entre la regulación sectorial y convencional y la general salarial. La cuestión estribará, pues, en evitar la fricción entre unas y otra.

Para ello parece necesario distinguir entre Ordenanzas y convenios vigentes ya al promulgarse D. S. y O. S., y los que lo hagan con posterioridad.

Entre los anteriores hay, a su vez, que distinguir entre los que guardaban silencio al respecto, la gran mayoría, y los que declaraban la naturaleza extrasalarial de las gratificaciones.

En el primer caso no existe problema, ya que estamos ante un supuesto de laguna legal, posteriormente cubierta por una regulación plenamente aplicable irretroactivamente.

En el segundo la cuestión es más compleja. En términos generales el criterio más defendible, acogiéndose al principio de *lex posterior derogat anterior*, al de jerarquía normativa (para el D. S.) y no al de especialidad de la norma, parece ser el de transmutación automática de la naturaleza de la gratificación, también, claro es, sin retroactividad ni siquiera de grado mínimo y ni siquiera aplicable a la gratificación anual del ejercicio 1973, ó 1973-74, caso de existir tal práctica en la Empresa.

Sin embargo, el problema puede presentarse aquí en el tema de la obligatoriedad, ¿crearían habitualidad las gratificaciones-liberalidad concedidas con anterioridad al nuevo D. S.? Pienso que habría que responder afirmativamente para los supuestos en que la jurisprudencia que aplicaba el régimen anterior admitía la consolidación, y negativamente en caso contrario. Mantener otra postura sería tanto como otorgar retroactividad de grado medio a la nueva normativa salarial.

Hablemos ahora de Ordenanzas y convenios posteriores a D. S. (50). Si dan denominaciones distintas a la de complementos previstos legalmente, no hay sino problema de asimilación a uno de ellos o al salario base.

Pero si declaran la naturaleza extrasalarial o gratuita de la gratificación que aquí hemos tipificado, el problema será la inaplicabilidad del principio de posterioridad. Sólo el de jerarquía normativa puede invalidar las Ordenanzas aprobadas por Orden ministerial en lo que a este punto se refiere, pero ello nos basta para sentar el criterio de intranscendencia de declaraciones que tiendan a otorgar un determinado título o naturaleza a partidas retributivas.

(50) Si uno estas dos fuentes formales, distintas entre sí, por supuesto es por considerar que, a estos efectos, la autonomía colectiva queda limitada por la norma sectorial y la general, como materia de Derecho necesario relativo. El convenio podrá afianzar la naturaleza salarial, no anularla.

Ello compete a la normativa salarial general y a la interpretación auténtica que de la misma se haga o de la jurisprudencia que consolide bajo su vigencia.

No ignoro que tal postura más resulta *de lege ferenda* que inmediatamente aplicable, pero nuestros altos Tribunales deberán pronunciarse en breve sobre este particular.

f) *Tipificación penal.*—La práctica que hemos descrito no cabe dudar que entra de lleno en la letra del párrafo primero del artículo 499 bis del Código penal, regulador de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo (51). Como he dicho en otra ocasión, al comentar este precepto (52) pienso que la tipificación penal se facilita al entender:

- Que la malicia se justifica por la adhesión quasi-forzosa al contrato.
- Que la «imposición» se cifra en la opción a aceptar tales condiciones o renunciar a la suscripción del contrato.
- Que el perjuicio existe, aun sin consumación, por el simple resultado potencial.
- Que por disposición legal puede entenderse las reglamentarias.

Aceptando tales matizaciones la defraudación de gratificaciones, cuando revistiera cierta gravedad, que la jurisprudencia deberá precisar, y no responda a un pacto de buena fe, aunque fuese tácito, de las partes, por desconocimiento de la nueva normativa, atraería para sí consecuencias de orden penal, debiendo, por tanto, los órganos laborales pasar el tanto de culpa, de oficio, al Ministerio fiscal (53). Práctica que, hoy por hoy, resultaría enormemente insegura al carecer de interpretación jurisprudencial del precepto penal, e incluso de la normativa salarial en esta materia, pero que puede ser una importante posibilidad de futuro a la que quería, por ello, hacer referencia siquiera tangencial.

(51) «1.º: El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales.»

(52) «El delito social», en R. P. S., núm. 100, Madrid, 1973, págs. 23 a 25.

(53) Ello sin hablar de la posible incidencia del artículo 529, 6.º, del Código penal: «los que defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento».

g) *Igualdad de trato*.—Hemos aludido con anterioridad al principio de igualdad de trato que en el Derecho germánico rige respecto a las gratificaciones concedidas a un grupo de trabajadores. El empleador puede decidir la concesión a un grupo y no a otros, pero no puede hacer exclusiones dentro del grupo designado.

En nuestro Derecho no existe la consagración deseable de tal principio y, de hecho, el empresario utiliza con frecuencia su discrecionalidad en la concesión o no, no sólo de gratificaciones, sino de horas extraordinarias, por ejemplo, servicios especiales, etc.

En la concepción de la gratificación admitíamos la posibilidad lógica de oscilaciones en el *quantum* de la gratificación, entre ciertos límites, próximos y conocidos. Sin embargo, lo que no deberá resultar sometido a la facultad disciplinaria es la posibilidad de no concesión, contra la cual, no obstante y prescindiendo ahora del reconocimiento jurisdiccional de obligatoriedad, se cuenta con escasos instrumentos. No obstante, uno de ellos, viable en su utilización, sería el párrafo primero del artículo 32 de la ley de Contrato de trabajo, que prohíbe al empresario imponer al trabajador otras correcciones que las previstas en disposiciones legales, reglamentos de taller y contratos escritos. La apreciación de infracción a esta norma podía resultar una medida provisional mediocrementemente eficaz, pero sólo ante supuestos de reacción correctiva del empresario, fuera de los cuales quedan muchas otras situaciones.

h) *Infracciones*. Casi hilvanado con el punto anterior, terminaremos el examen de supuestos laborales con esta materia de infracciones, bien entendido que ahora sólo nos podemos referir a las cometidas contra normas laborales, *strictu sensu*, ya que luego lo haremos respecto a las de Seguridad Social, predominantes en esta materia, dado que hemos partido de la base del abono de la gratificación, pero sin constancia, y tal figura se prevé en la normativa de previsión.

Por otro lado, si la gratificación está prevista en convenio o contrato, tampoco encajaría el fenómeno con el que nos ocupa.

Ante esta panorámica, parece preferible relegar el arduo problema de la prueba al estudio que se hará en el subepígrafe de aspectos de Seguridad Social.

La Inspección de Trabajo, encargada del control del cumplimiento de leyes sociales, actuará, por tanto, normalmente en materia de Seguridad Social, no obstante hagamos aquí ahora una referencia tangencial a posibilidades diversas en el campo laboral.

Una de ellas es la que enunciamos al hablar de igualdad de trato, en relación con el artículo 32 de la ley de Contrato de trabajo si constase la actitud sancionadora del empresario.

Otra sería la de levantar acta de infracción con estimación de perjuicios económicos en supuestos en que el órgano jurisdiccional se hubiese pronunciado sobre la ilegalidad de la supresión de gratificaciones, pudiéndose apoyar entonces la Inspección en los preceptos generales que Ordenanzas o convenios contengan indicando la obligatoriedad del abono de salarios o, en cualquier caso, en los artículos 54 ó 75 de la ley de Contrato de trabajo, que se expresan en este sentido.

No parece, en cambio, posible que sea la propia Inspección quien estime la obligatoriedad de la gratificación y, en consecuencia, el perjuicio sufrido por su supresión, por lo que, normalmente, el acta de infracción no tendrá lugar, ni la estimación aludida, resolviéndose estos casos en vía procesal.

Répito, de nuevo, que además estos supuestos no encajan con la figura de defraudación que aquí venimos examinando.

B) Aspectos de Seguridad Social

Entre ellos nos detendremos en los referentes a bases de cotización, prestaciones, constancia en recibos salariales, prueba y control.

Sin embargo, antes de pasar al análisis de los mismos, conviene dejar constancia del progresismo que la normativa de Seguridad Social ha demostrado frente a la estrictamente laboral, como hemos visto al comentar el Reglamento de Accidentes de Trabajo y más recientemente, la ley de Financiación y perfeccionamiento del régimen general de la Seguridad Social, con lo que podría deducirse que en nuestro país se ha operado un fenómeno paralelo al francés, como vimos respecto a la ley de 20-III-54, viéndose arrastradas las normas laborales, concretamente la concesión de naturaleza salarial, por las previsiones de seguridad social, concretamente respecto a bases a tomar en cuenta para cotización y abono de prestaciones.

Con esta idea inicial, pasemos a examinar las cuestiones enunciadas al comienzo.

a) *Bases de cotización.*—Sólo cabe consignar en este apartado que la gratificación, tal como queda caracterizada, deberá integrar, desde luego, la base para accidentes de trabajo, tal y como ya se venía haciendo, pero además, la base complementaria.

No cabrá, por supuesto, practicar liquidaciones de base complementaria por cuotas devengadas con anterioridad a la nueva normativa.

La cuestión podría plantearse respecto a la fecha a partir de la que considerar la gratificación como integrante de la base complementaria, si el 1.º de julio de 1972, por entrada en vigor de la ley de Financiación, o diciembre del 73 por publicación de la O. S.

Y pienso que un deslinde cuidadoso entre el aspecto laboral de la naturaleza de salarios que otorga la O. S. y la obligación de cotizar por gratificaciones que impone la ley de Financiación nos obliga a deducir que la integración en base complementaria deberá jugar desde 1-VII-72.

No obstante, es innegable la paradoja originada entre las dos fechas, en que el empresario considera perteneciente a su libre autonomía la cuestión, mientras se ve obligado a reflejarla a todos los efectos de Seguridad Social. Por ello, la implantación progresiva de la práctica de inclusión en base no resulta del todo censurable. Sin embargo, tras la publicación de la O. S. quedan también plenamente justificadas las liquidaciones por cuotas devengadas desde 1-VII-72, aunque no escapen a la referida paradoja. La falta de coordinación entre la normativa laboral y la de previsión, que hemos alabado anteriormente respecto a la labor positiva de la primera, muestra ahora sus inconvenientes.

Consignemos también que, tanto para la base complementaria como para la de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, habrá de tenerse en cuenta los topes respectivos, 150 por 100 de la tarifada y 28.000 pesetas. Por cierto que tales topes, quizá macroeconómicamente necesarios, resultan individualmente desvirtuadores, en cierto modo, de la naturaleza de imposición de mercado que, en parte, hemos asignado a la gratificación, desfasando las prestaciones respecto a la realidad del nivel de vida. En especial destaca la timidez respecto al tope de la complementaria que, en contraste con la evolución de tipos y tope para accidentes de trabajo queda estancada en 1974 en el mismo porcentaje de 1973.

b) *Prestaciones.*—Abrimos este apartado para recordar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto de 23-VI-72, la cuantía de las pensiones se determinará en función de la totalidad de las bases por las que se haya cotizado, que serán también de aplicación respecto a las demás prestaciones económicas cuya cuantía se calcula en función de aquéllas, sin perjuicio de tener en cuenta la regulación provisional de la disposición transitoria 1.ª respecto a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, e invalidez absoluta debido a cualquier contingencia.

Aquí radica el último fundamento de la importancia del tema que tratamos, y lo que nos ha movido a hacerlo.

En muchas ocasiones, el pequeño incremento de costo que la cotización por gratificaciones supone para la economía de la Empresa se ve ampliamente desbordado por las consecuencias que ello puede tener para la prestación de Seguridad Social individualizada.

c) *Constancia en recibos salariales.*— También resulta obvia esta cuestión, la gratificación debe figurar como componente del salario base o de alguno de los complementos a los que ya me referí.

La falta de constancia, indudablemente unida a la de cotización, debe desencadenar la sanción por infracción al artículo 56 de la Orden 28-XII-66, en relación con el artículo 8.º y anexo de la O. S., además del oportuno requerimiento a diligenciar recibos acreditativos del abono y de los que pueda conservar copia el trabajador. Todo ello sin perjuicio de la correspondiente sanción por falta de cotización y liquidación que proceda, por diferencias.

La cuestión, en este caso, es pacífica y no plantea dudas. Sin embargo, la levedad con que caracteriza la falta el artículo 4.º, 1.º, h y n, del Reglamento general de faltas y sanciones del régimen general de la Seguridad Social, de 12-IX-70, contrasta con la importancia del supuesto de hecho y hace parecer ridículas y fuera de lugar las consideraciones sobre posible responsabilidad penal que hemos elaborado.

Más delicados pueden suponer los casos en que, aún computándolas en alguno de los complementos, se exprese en el recibo el concepto de «gratificación voluntaria» o análogas. Podría incluso pensarse en la sancionabilidad de tales expresiones. Hoy por hoy no puede tomarse criterio claro respecto a otras posibilidades, como la de auténtica liberalidad, ya comentada, a la constancia en recibo con referencia al precepto de Ordenanza o convenio que no otorgue naturaleza salarial.

d) *Prueba y control.*— Nos enfrentamos aquí con la cuestión más espinosa de las que hemos visto, hasta el punto de convertirse en determinante de las anteriores.

Me refiero, claro es, al cómo probar tanto en la instancia procesal como en la administrativa, Magistratura e Inspección de Trabajo, la realidad del abono de las gratificaciones; porque no cabe duda de que hay que prever dos posibilidades peligrosas: una, la más frecuente, la de negativa enérgica del empresario apoyada por la presentación de documentación formal y aceptada, también formalmente, por el trabajador. Otra menos viable, la de declaración falsa y unánime de un grupo de trabajadores en el sentido de haber percibido unas gratificaciones regulares.

Ciertamente, la agilidad que tanto el órgano procesal como el administrativo poseen, la mayor libertad para apreciación de pruebas y formación de la convicción, junto con el principio de irrenunciabilidad, de tutela (aun con las reservas que éste merece, en especial *in dubio...*) puede facilitar el problema, pero, en rigor no lo evitan. De otro lado, el recurrir al examen de libros contables, sabiendo la escasa fiabilidad de los mismos, tampoco resultaría eficaz.

La cuestión se solventa, en cierto modo, por el peso de la propia realidad que induce muchas veces al empresario a la confesión de niveles salariales que, por su generalidad, público conocimiento y relación con índices de vida, resultan innegables.

Pero, ¿deben depender las sentencias o las actas de inspección de esta actitud benevolente?, ¿no prosperarían recursos o impugnaciones apoyados con documentación oficial y aceptada mediante firma que atacasen la discrecionalidad del magistrado o el inspector para apreciar la existencia de gratificaciones? (54).

Para evitar estos peligros, los trabajadores solicitan en los últimos tiempos la presencia de la Inspección en el momento del pago, lo que, si puede resultar eficaz ante un determinado supuesto y por una sola vez, no es ni viable con carácter de generalidad ni eficaz ante una postura cerrada de negativa del empresario sorprendido en un determinado abono con respecto a los posteriores, que podrá efectuar en fechas distintas a las controladas.

No es casualidad, como se ha constatado en otro lugar, que en los países en que la intervención sindical es sólida, el tema de las gratificaciones o reciba escasa atención o se plantee en términos muy distintos a los de nuestro país.

Junto a esa solución sindical, la más deseable, cabría pensar también en la existencia de baremos de retribución media por categorías y sectores, por encima de los cuales incumbiese la carga de la prueba predominantemente al trabajador y por debajo al empresario, lo que no sería sino una solución parcial, provisional y productora de muchos errores en casos individuales, si bien es cierto que en la práctica actual es algo tácitamente utilizado por obvias razones.

En cualquier caso, y a la vista de la situación presente, lo que queda más claro es cómo la timidez en la fijación del S. M. I. y de los profesionales, a lo que me refería al comienzo de este trabajo, acarrea consecuencias ne-

(54) Especial importancia, con amplio margen de apreciación, tiene la investigación salarial de la Inspección que plasma en informes previos a procesos por accidentes de trabajo en Magistratura.

fastas. Su elevación aparece así como la solución más fácil y segura hoy por hoy, teniendo en cuenta, como acabamos de ver, que, aun con una normativa que permita formalmente la consideración salarial de la gratificación, la falta de medios de exigencia en el trabajador y las limitaciones procedimentales en los órganos estatales encargados de su tutela, desvirtúan en gran medida los avances normativos.

C. MOLERO MANGLANO