

**CRITERIOS TÉCNICOS PARA DETERMINADOS SUPUESTOS DE LA ACCIÓN
INSPECTORA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**

El desarrollo y la dinámica de la actividad inspectora, con su inevitable multiplicidad de supuestos, viene poniendo de manifiesto la generalización de algunos de ellos en los que, como consecuencia lógica del principio de unidad institucional del Sistema de Inspección, conviene la aplicación de criterios comunes de actuación y procedimiento, sin perjuicio de los perfiles específicos que pueda ofrecer cada caso concreto. Con tal finalidad, y en función de la experiencia más reciente, se estima conveniente establecerlos indicativamente para un conjunto de supuestos que la realidad ha venido ofreciendo como de ocurrencia suficientemente generalizada, sin perjuicio de abordar otros en el futuro y con el mismo fin.

Al ámbito tradicional de la acción inspectora, ceñido esencialmente a los cometidos de comprobación de hechos y situaciones y a la producción de documentos resultantes de aquella, se han venido a añadir desde 1998 en la esfera orgánica del Sistema de Inspección otras funciones. Nos referimos a funciones de revisión y decisión en relación a actuaciones inspectoras en su estricto sentido, que no cabe incluir conceptualmente en la acción inspectora directa ni en la de los resultados de la misma, y que al incardinarse en órganos integrados en el seno del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (D.A. del R.D. aprobatorio del RISOS, art. 33 RISOS), merecen se les preste la necesaria atención desde su Autoridad Central.

En consecuencia, y con el carácter determinado por el artículo 18.3.12 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, y en uso de las competencias conferidas por dicho precepto, la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y para el ámbito del Sistema de Inspección, establece los siguientes

CRITERIOS TÉCNICOS

**PRIMERO.- NORMA MÁS FAVORABLE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR
DEL ORDEN SOCIAL**

Entre los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración, figura el de aplicación de la norma más favorable para el imputado. El artículo 128.2 de la Ley 30/1992 dice literalmente que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”, aplicable al ámbito del orden social por su carácter supletorio (D.A. 7ª Ley 30/1992) con carácter pleno.

La jurisprudencia constitucional, ya muy tempranamente, entendió que la Constitución garantizaba la aplicación retroactiva de las normas que fueran más favorables para el imputado, con fundamento, interpretado “a contrario sensu”, en el art. 9.3 de la CE que establece el principio de “irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales” (T.C., stcs. 30-3-81, RTC 8; 7-5-81, RTC 15; 29-10-86, RTC 131; 11-7-94, y otras). Parece patente que dicho principio de norma más favorable, alcanza a la totalidad de los elementos que confluyen en la determinación de la responsabilidad a exigir (tipo infractor, tipo sancionador, regulación de calificaciones y de grado, prescripción, etc.), de manera que procede aplicar la normativa en conjunto más favorable para el presunto infractor, sin que resulte posible una comparación parcial de ambas normas (stc. TC 131/86 ya citada).

Otra cuestión a dilucidar en esta materia, es la del momento de estimación y determinación de la norma más favorable; en hipótesis, los posibles momentos pudieran ser el de la comprobación inspectora, el de la práctica del acta de infracción, o el de la resolución sancionadora. Evidentemente, el acta de infracción únicamente pone en marcha el procedimiento sancionador (art. 13 RISOS)

finalizando el proceso probatorio, y su alcance procedimental es el de pliego de cargos que contiene una propuesta de sanción. El acto administrativo de imposición de la sanción que corresponda, el acto por el que se ejerce la potestad sancionadora administrativa, es únicamente la resolución que pone término al procedimiento sancionador (arts. 20 y 21 RISOS), y a este preciso acto resolutorio es al que debe referirse el momento para la determinación y aplicación del principio de norma más favorable; de tal modo que si entre el momento de la comprobación o del de la práctica del acta y el momento de la resolución se hubieren producido modificaciones normativas, habrá de estarse a la regulación cuya aplicación al caso resulte más favorable para el imputado en el momento de imposición de la sanción de que se trate, lo que ya fue puesto de manifiesto en escrito de esta Dirección General de 18 de febrero de 1999 con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 50/1998, sobre la que conviene insistir actualmente, ante la modificación habida en la prescripción de las prestaciones (art. 45.3 TRLGSS) y su efecto en el art. 15.8 LISOS, introducida por la Ley 55/1999.

SEGUNDO.- CADUCIDAD DE LAS ACTAS DE LIQUIDACIÓN

La institución de la caducidad del procedimiento administrativo, inicialmente establecida para el procedimiento sancionador (arts. 43 y 44 Ley 30/1992), parece haberse extendido a los procedimientos iniciados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen por las modificaciones introducidas mediante Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE del 14). En consecuencia, alcanzaría a los procedimientos liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social, con aplicación en la fase que media entre la liquidación provisional inicial y su posterior elevación a definitiva, que así se sujetan a idénticas reglas que el procedimiento sancionador, con el evidente designio legal de reducir el silencio administrativo y los efectos de la inactividad de la Administración en tales procedimientos. En los procedimientos liquidatorios, con concurrencia de acta de infracción, la caducidad es aplicable a la sanción propuesta, de concurrir la correspondiente demora, sin ningún género de duda y con anterioridad a la Ley 4/1999.

Así pues, tras la entrada en vigor de la antedicha modificación legal, resulta obvio que los actos administrativos de elevación a definitivas de las actas de liquidación han de producirse en el plazo establecido en el art. 20.3 del RPS, sin cómputo de las interrupciones imputables a los interesados o de las suspensiones del procedimiento por las causas legalmente previstas al efecto. Como es sabido, tal caducidad, de proceder, no supone necesariamente la prescripción de la deuda, aunque los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción (art. 92.3 Ley 30/1992), dejando abierta la posibilidad -en su caso- de proceder a la emisión de nueva acta de liquidación coincidente en todo o en parte con la afectada por la anterior caducidad del procedimiento.

A tal respecto, ha de recordarse que la propia Ley 4/1999, en su D.A. 2ª, dispone que los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, esto es, antes del 15 de abril de 1999, continuarán rigiéndose por la normativa anterior; ello supone, en estos supuestos, que la institución de la caducidad en procedimientos liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social se aplicará a los iniciados desde el citado 15 de abril de 1999, entendiéndose como fecha de inicio del procedimiento la de la notificación al interesado del acta o actas de liquidación, momento en que se inician los cómputos de plazos a otros efectos procedimentales, pues sólo a partir de dicha fecha sería imputable la inacción de la Administración. Transcurrido un año desde la vigencia de dicha modificación normativa, no parece que exista motivo para que actualmente no hayan sido objeto de elevación a definitivas las liquidaciones anteriores a la fecha antes indicada, habida cuenta que las actuaciones administrativas siempre han venido estando sometidas a plazos, de contrario su resolución tendrá carácter prioritario.

Para concluir, el alcance de la modificación introducida por la Ley 4/1999 en el artículo 44.2 de la LRJ y PAC, parece patente; como ya se recogió en escrito de la Dirección General de 26 de abril de 1999, ello aún considerando que, por razones obvias, no existe aún jurisprudencia recaída en esta materia. A la postre, la necesidad de que la Administración resuelva y que lo haga en plazo cierto, es principio básico y tradicional que, tras la Constitución de 1978, adquiere relieve singular con su

directo reflejo en los artículos 41, 42, 43.4 y concordantes de la citada LRJ y PAC.

TERCERO.- PROCEDENCIA O NO DE LIQUIDACIONES QUE NO COMPRENDAN TODAS LAS CONTINGENCIAS COTIZABLES

En algunas ocasiones se han venido produciendo actas de liquidación, que no alcanzan ni comprenden todas las contingencias susceptibles de protección obligatoria por el Sistema de la Seguridad Social o, sencillamente, que no comprenden todos o algunos de los conceptos de ingreso conjunto con las cuotas al citado Sistema.

Obviamente, la procedencia de incluir o no en las liquidaciones las contingencias y conceptos cuya reclamación corresponda, además de ponderarse por el funcionario que suscriba el acta en atención al caso y a la normativa aplicable, ha de ser verificada, en su caso, por el respectivo Jefe de Inspección provincial o de Unidad especializada (arts. 53.2.c) y 55.3.2ª del ROFIT) y en todo caso por los Jefes de Equipo con ocasión del visado preceptivo (art. 56.5 del ROFIT y art. 32.4 RISOS). Consecuentemente, si en dicho momento previo se advirtieran insuficiencias o lagunas injustificadas de las indicadas o de cualquier otra clase o naturaleza, debe encomendarse su pertinente subsanación, al objeto de que en lo posible cada acta se emita en las condiciones técnico-jurídicas idóneas a cada caso.

Con todo, pudiera ser que la omisión se aprecie en el curso del procedimiento posterior a la emisión del acta, bien porque se alegue, porque se acrediten nuevos hechos o circunstancias, o por cualquier otra causa. En tales supuestos, si el único defecto achacable al acta, y consecuentemente a la liquidación definitiva en su caso, es la omisión en la misma de algún concepto o contingencia cotizable sin concurrencia de ninguna otra tacha a estimar, se entiende que no constituye causa suficiente para declarar la nulidad de la liquidación por ese único motivo, naturalmente sin perjuicio de que se proceda a la práctica de la liquidación o liquidaciones posteriores que procedan por los conceptos de cotización inicialmente omitidos. El mismo criterio ha de entenderse aplicable a las revisiones liquidatorias en virtud de recurso de alzada.

Del mismo modo, pero a la inversa, habrá de procederse cuando se estime que no procede algún concepto o contingencia incluidas en la liquidación inicial, supuestos en que la decisión anulatoria sólo sería predicable en la parte que resulte improcedente y no de la totalidad de la liquidación.

CUARTO.- TRATAMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE DEUDAS POR CUOTAS

Los supuestos de derivación de responsabilidad en el pago de cuotas de la Seguridad Social, tienen su regulación específica en la vigente legalidad sustantiva (arts. 104 y 127 TRLGSS, 42 del TRLET, art. 16 LETTs, y demás aplicables), dándose aquí por conocido el concepto de derivación de responsabilidad, su regulación y sus efectos en orden a la asunción de las correspondientes deudas en los diferentes grupos de supuestos en que puede aplicarse.

Para la determinación y exigencia de dicha clase de responsabilidad en las deudas, el artículo 34 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, introdujo una nueva regulación en los artículos 30 y 31 del TRLGSS, en lo tocante a las vías para dicha exigencia, regulación que se asienta en la distribución de cometidos que se asigna a la Tesorería General y a la Inspección en el control del cumplimiento de las obligaciones de cotización, distribución que normativamente se materializa en los dos citados preceptos, y que alcanza expresamente a la materia de derivación de responsabilidad en las cuotas que aquí nos ocupa (art. 30.1.e) y art. 31.1.c)).

Así las cosas, parece necesario analizar los criterios al respecto, en orden a determinar los supuestos en que las deudas han de ser objeto de reclamación por la Tesorería General o mediante acta de liquidación de la Inspección, en ambos casos respecto de las derivaciones de responsabilidad de las

cuotas adeudadas, habida cuenta que la posibilidad de dicha exigencia se prevé en ambos preceptos como susceptible de materializarse por las vías aludidas.

Parece patente que, del contexto general en que se producen los referidos artículos 30 y 31, el deslinde de los cometidos en la materia que corresponden a la Tesorería General y a la Inspección, respectivamente, vienen a descansar en la concurrencia o no de ocultación al Servicio Común -y, por tanto, de su desconocimiento- sobre las situaciones efectivas que pueden dar lugar a la tan referida extensión de responsabilidad. Dicho principio de deslinde de cometidos parece confirmado por el contenido del artículo 30.1.e) que, literalmente, hace referencia a que la Tesorería General disponga de los antecedentes precisos e indispensables (pueda determinar el sujeto, la cuantía y los trabajadores afectados) para que la misma pueda emitir la correspondiente reclamación de duda a quien resulte responsable por extensión, en los términos legales. Ello viene a suponer que en los demás supuestos, cuando resulte imprescindible la comprobación de situaciones por parte de la Inspección, a su propia iniciativa o no, procede la emisión de acta de liquidación de derivación de responsabilidad cualquiera que sea su causa y régimen de Seguridad Social aplicable, art. 30.1.c). La cuestión no deja de ofrecer importancia, en la medida que se determina el órgano competente para formular la correspondiente reclamación de cuotas, y se ejerce la opción por uno de los dos tipos de procedimientos liquidatorios existentes, que ofrecen diferentes niveles de garantías jurídicas de defensa para los presuntos deudores afectados y pueden tener distintos efectos iniciales para su ejecución forzosa.

En función de las anteriores consideraciones, y a partir de la aplicación de dicho principio general para el deslinde de cometidos que corresponden bien a Tesorería General o bien a la Inspección, respectivamente, conviene progresar en la articulación de algunos criterios prácticos e indicativos para el desarrollo efectivo de la función inspectora a efectos de la opción que se indicó, criterios que con carácter general, pueden resumirse en los siguientes bloques de supuestos:

- 1) Cuando, como consecuencia de actuaciones de la Inspección, proceda la práctica de acta de liquidación al sujeto responsable, habiéndose comprobado en dicha actuación la existencia de otros sujetos sobre los que derivar la responsabilidad de aquél, a éstos también se les practicará y notificará el acta con expresión de la causa de su responsabilidad en la deuda y clase de la misma, en los términos de los artículos 31.2, 32.1.b) y 33.1 del RISOS (art. 31.1.c) TRLGSS).
- 2) Si, como consecuencia exclusiva de actuaciones de la Inspección, ésta comprobase la concurrencia de situaciones de derivación de responsabilidad por cuotas impagadas su forma natural de reclamación de la responsabilidad solidaria (art. 10.5 RGR) viene a ser la constituida por el instrumento de acta de liquidación y su procedimiento administrativo subsiguiente (art. 31.1.c) TRLGSS).
- 3) En los supuestos de solicitud de actuación inspectora por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que no haya aportación de datos o antecedentes, o cuando los que dicho Servicio disponga o los aporte para las comprobaciones sean meramente indiciarios o insuficientes al objeto de poder determinar los elementos básicos de la responsabilidad por derivación y, consecuentemente, resulte determinante al respecto el resultado de las actuaciones inspectoras, procederá la práctica del acta de liquidación que corresponda (art. 31.1.c) TRLGSS).
- 4) Si, por el contrario, la Tesorería General dispusiera de antecedentes suficientemente definitivos de la concurrencia de derivación de responsabilidad, con lo que la actuación inspectora tenga por objeto su confirmación, ampliación o complemento, el resultado de la actuación inspectora se reflejará en el correspondiente informe dirigido al citado Servicio Común, para que por éste se proceda a la correspondiente reclamación de cuotas y procedimiento subsiguiente (art. 30.1.e) TRLGSS).
- 5) De la misma forma, informe a la Tesorería General con el resultado de las actuaciones, se procederá cuando el conjunto de la acción administrativa tenga su origen o afecte directamente a

procedimientos de derivación de responsabilidad ya iniciados por dicha Tesorería, en cualquier caso, y por razones de coherencia, procediendo en tales supuestos la fórmula del referido informe (art. 30.1.e) TRLGSS).

- 6) También procederá informar cuando, a propia iniciativa la Inspección compruebe la concurrencia de responsabilidad subsidiaria de un tercero, habida cuenta que la exigencia de responsabilidad derivada a dicho tercero subsidiario viene condicionada por decisiones a adoptar respecto al sujeto responsable.

En cualquiera de los supuestos antes contemplados la solicitud de actuación inspectora por parte de Tesorería General, debe ser correspondida con el informe que proceda. Si el resultado de las actuaciones inspectoras se refleja en acta de liquidación, así se hará constar en tal informe con la identificación del acta o actas practicadas. Si el informe de la Inspección correspondiese a supuestos de aplicación del artículo 30.1.c) del TRLGSS, éste habrá de consignar las actuaciones comprobatorias efectuadas, los hechos comprobados y su calificación jurídica, la determinación de los puntos cuestionados por la solicitud de informe, los demás elementos que convengan al caso, la definición del sujeto o sujetos que resulten responsables, y la determinación de la deuda que proceda se les impute o de las bases suficientes para su cálculo. Por supuesto, si de las comprobaciones realizadas no se dedujese derivación de responsabilidad, así se hará constar en el informe con expresión de los motivos que fundamenten tal apreciación.

QUINTO.- DEUDAS DE CUOTAS POR APLICACIÓN DE BONIFICACIONES INDEBIDAS

Las bonificaciones en las cuotas sociales, obviamente suponen la reducción del importe ingresado por tal concepto; consecuentemente, cuando la bonificación se produce irregularmente y de forma improcedente, por no sujetarse la misma a las previsiones establecidas por la normativa, se genera una deuda por cuotas a la Seguridad Social en la cuantía de lo indebidamente bonificado. A la materia dedicamos anteriormente nuestra atención en los C.T. 12/97.

Como en los supuestos del apartado anterior, en el control de las bonificaciones en cuotas sociales concurren potencialmente cometidos que corresponden a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; en la delimitación de los supuestos que correspondan a los ámbitos de actuación del ente gestor o de los órganos inspectores, juega también el principio general de que el Servicio Común citado pueda tener antecedentes de conocimiento de la irregularidad por la propia declaración del obligado al pago, o que se le oculten los elementos de irregularidad en la aplicación de la bonificación en las cuotas. En tal sentido, la reclamación de cuotas por bonificaciones indebidas corresponde a la citada Tesorería General, cuando la improcedencia de la bonificación resulte de los propios documentos de cotización (art. 80.c) RGRSS); en los demás casos corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En consecuencia, la Inspección es el órgano idóneo para la vigilancia y exigencia de responsabilidades cuando las bonificaciones de cuotas se hubieren aplicado indebidamente, y tal circunstancia no pueda deducirse directamente de los documentos de cotización. Se trata, como se ve, de supuestos que no pueden ser conocidos por la Tesorería General de manera inmediata, y cuyo esclarecimiento precisa de la actividad inspectora de comprobación (T.S., stcs. de 12-3-91, Ar. 2198; 15-10-96, Ar. 7532), máxime cuando que el bloque de bonificaciones se aplica directamente por su beneficiario sin previa resolución de reconocimiento (Ley 64/1997, Ley 50/1998, Ley 55/1999).

Los supuestos de irregularidad en bonificaciones que aquí nos ocupan, suelen referirse a incumplimientos de los requisitos exigibles para el nacimiento y/o conservación del derecho a la bonificación que, muy frecuentemente, enlazan con fraudes de ley o irregularidades en la contratación laboral encuadrables en las políticas de reducción de la temporalidad laboral injustificada, de manera que las actuaciones inspectoras al efecto pueden responder a una programación común de servicios al

doble efecto de controlar dicha temporalidad injustificada y el fraude en la cotización.

Por lo indicado, y a los efectos que aquí nos ocupan, la bonificación improcedente en cuotas genera una deuda consistente en un menor ingreso de cuotas a la Seguridad Social que el que procede; es, por tanto, una deuda por diferencias de cotización, susceptible de determinación y exigencia mediante acta de liquidación y su correspondiente y posterior procedimiento administrativo (art. 31 TRLGSS y arts. 31 y ss. RISOS), con los requisitos predicables de este tipo de documentos y procedimiento especial, y ello para el supuesto de que no se haya formulado requerimiento de pago de cuotas por tal motivo (arts. 31 TRLGSS y 35 RISOS) y éste haya sido atendido por el deudor. Como en otros supuestos generadores de acta de liquidación, en los que aquí nos ocupan puede ser frecuente el análisis y definición de una cuestión previa (v.g., fraude de ley en la contratación, en su modalidad, etc.), cuyos hechos constitutivos deben venir suficientemente reseñados en el acta, así como su correspondencia causal con la improcedencia de la bonificación aplicada, remitiéndonos al efecto a lo indicado en anteriores ocasiones sobre la llamada cuestión previa (C.T. 19/98) y sobre la forma y los requisitos de las actas (C.T. 3/97, 6/97, 22/99).

SEXTO.- BAJAS EN SEGURIDAD SOCIAL DE CONTRATADOS PARA OBRA ANTES DE SU FIN

Se viene observando, con cierta frecuencia, la presentación de bajas en la Seguridad Social, con ocasión de la Semana Santa, Navidad, “puentes” festivos, incluso fines de semana y por su duración; o también por encontrarse el trabajador en situación de incapacidad temporal, sin haber vencido el contrato temporal, arguyendo como causa de la baja la finalización del correspondiente contrato.

Con mayor frecuencia, tal proceder se viene detectando en relación a trabajadores contratados para obra o servicio determinado, cuando la empresa cursa su baja en la Seguridad Social sin que haya finalizado la obra o servicio para la que el trabajador fue contratado, con el designio inequívoco de eludir el pago de las cuotas sociales correspondientes durante el referido período (I.T., Navidad, Semana Santa, etc.) e, incluso, generando la percepción de prestaciones por desempleo, con o sin la connivencia de los trabajadores. Tal proceder también se ha registrado respecto a otras modalidades de contratos temporales antes de su vencimiento.

Se trata, evidentemente, de proceder fraudulentos que han de considerarse antijurídicos y en fraude de ley. La interrupción unilateral de la relación por el empresario en su exclusivo provecho, para luego reanudarla, o la ficción de su ocurrencia ante la Seguridad Social, entraña que nos encontremos en la práctica ante un supuesto de falta de alta y cotización (T.S. stc. de 4-5-98, Ar. 3666). Lo mismo ocurre, supuesto de I.T., cuando se cursa la baja subsistente la relación laboral y la obligación de alta y de cotización.

Ante tales supuestos, procede la práctica de la pertinente acta de liquidación por las cuotas dejadas de ingresar (art. 31.1 TRLGSS), y la comunicación de alta de oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social. En todo caso, es posible la propuesta de sanción por cada trabajador que se compruebe en tales condiciones, por infracción al artículo 14.1.2 de la LISOS y a su artículo 14.1.5 si hubiere descubierto vencido; en su caso, y si las referidas situaciones fueren simultáneas a la solicitud o percepción de prestaciones por desempleo, nos encontraríamos ante el tipo infractor del artículo 15.1 de la citada LISOS y, en su caso, ante las de sus artículos 17 y 18 que correspondan en atención al correspondiente supuesto de hecho.

Madrid, 14 Abril 2000
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Avelina Llordén Miñambres

Conforme: EL DIRECTOR GENERAL

F. Javier Minondo Sanz

CRITERIOS TÉCNICOS DE ACTUACIÓN INSPECTORA SOBRE INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN A TIEMPO COMPLETO Y A TIEMPO PARCIAL

Los incentivos a la contratación establecidos en los programas de Fomento para el Empleo para los años 1999 y 2000, contenidos en la disposición cuadragésima tercera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre y en el art. 28 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, aplicables directamente por los responsables del pago de las cuotas a la Seguridad Social al efectuar las liquidaciones periódicas, sin procedimiento previo de concesión administrativa para otorgar la bonificación de tales cuotas, exigen la atención especial de la Inspección en el control del cumplimiento de las condiciones exigidas en las Leyes de concesión, como reiteradamente hemos puesto de manifiesto en los CT 12/97 y 18/99, y hace necesario dictar los presentes a fin de establecer pautas de investigación y unificar la actuación inspectora cuando detecte supuestos de disfrute indebido.

Por otra parte, los problemas planteados en la incentivación de la conversión de los contratos de relevo en contratos indefinidos a tiempo completo concedidas por el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, y por la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, exigen una clarificación adecuada para facilitar la actuación inspectora sobre los períodos en que se genera el disfrute a la reducción del tipo de cotización.

Por último, se hace preciso detallar el régimen de incompatibilidades entre los incentivos concedidos al amparo de la Ley 22/1992, de 30 de julio, y los otorgados por la Ley 64/1997, de 30 de diciembre.

Consecuentemente, y al objeto de orientar principios unificados en esta materia para la acción inspectora, y con el carácter determinado en el art. 18.3.12 de la Ley 42/1997, de 14 de diciembre, se establecen los siguientes:

CRITERIOS TÉCNICOS

PRIMERO.- ACTUACIONES INSPECTORAS SOBRE CONTROL DE INCENTIVOS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 55/1999, DE 29 DE DICIEMBRE (PROGRAMA DE FOMENTO DEL EMPLEO PARA EL AÑO 2000).

El programa de Fomento para el Empleo para el año 2000 establece importantes incrementos en las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social en las nuevas contrataciones de una serie de grupos de personas con tasas de paro elevadas; mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, desempleados procedentes del subsidio agrario; o en las celebradas con dichos colectivos por un trabajador autónomo que no tenga asalariados; o cuando recaen en personas en situación de exclusión social y se celebren por empresario o entidad sin ánimo de lucro. También se reduce el ámbito de aplicación de las bonificaciones a la conversión en indefinidos de determinadas modalidades de contratos temporales.

Requisitos generales que deben reunir los contratos que se celebren entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2000 para tener acceso a los incentivos (art. 28.uno L 55/99).

Desde el punto de vista de la actuación inspectora, la carencia de requisitos para la procedencia de la bonificación puede deducirse, en algunos casos, de la propia documentación aportada por la empresa, sin necesidad de mayor análisis. Así ocurre, a título de ejemplo, en los incumplimientos de los requisitos exigidos por el art. 28 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre: apartado uno (beneficiarios), apartado dos (falta de algún requisito en los beneficiarios), apartado tres (aplicación de tipo incorrecto en la bonificación de cuotas), apartado cuatro y seis (conurrencia de bonificaciones), apartado cinco (supuestos excluidos) y apartado ocho (reintegro de los beneficios).

En relación con los requisitos de los apartados uno y tres, el Inspector/Subinspector deberá constatar las siguientes circunstancias de los contratos y de los trabajadores contratados, según sea nuevas contrataciones o transformaciones:

1. El contrato debe hacerse por tiempo indefinido, a tiempo completo o a tiempo parcial, incluidos los fijos discontinuos, y por escrito en modelo oficial (art. 8.2 y 12.4.a) ET).
2. **Contrataciones iniciales.** Los trabajadores contratados, desempleados, deben pertenecer a alguno de los colectivos siguientes y darán derecho, durante un período de 24 meses siguientes a la fecha de la contratación, a las bonificaciones de la cuota empresarial por contingencias comunes que asimismo se indican:

- **Jóvenes** menores de 30 años.

Bonificación: 20 por 100 durante veinticuatro meses al inicio de su vigencia.

- **Desempleados** inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante un período mínimo de doce meses:

Bonificación: 50 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato.
45 por 100 durante el segundo año de vigencia del mismo.

- **Mujeres** inscritas en la oficina de empleo, por un período mínimo de 12 meses, o que sean mayores de 45 años, contratadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino establecidas en la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1998:

Bonificación: 60 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato.
55 por 100 durante el segundo año de vigencia del mismo.

Si no reuniera algunos de los requisitos anteriores,

Bonificación: 35 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato.
30 por 100 durante el segundo año de vigencia del mismo.

- **Desempleados** mayores de 45 años:

Bonificación: 50 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato.
45 por 100 durante el resto de la vigencia del mismo.

- **Desempleados** perceptores del subsidio por desempleo a favor de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial Agrario que, a su vez, estén incluidos en alguno de los colectivos antes enumerados.

Bonificación: 90 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato.
85 por 100 durante el resto de la vigencia del mismo.

Por personas desempleadas hay que entender personas sin empleo de ningún tipo. La expresión desempleados, incluye a los desempleados totales y a los desempleados parciales, (consultas de la Dirección Gral. de Trabajo de 19 y 29.6.97).

En ningún caso exige la norma que sea perceptor de prestaciones por desempleo (consulta de la Dirección Gral. de Trabajo de 19.6.97).

El período de un año de inscripción como demandante de empleo ha de ser ininterrumpido, si bien esta regla admite una excepción: se entenderá que no se ha interrumpido el cómputo del año cuando el parado haya tenido una ocupación efectiva, por una sola vez, durante un período inferior a 30 días en los doce meses anteriores a la fecha de la pretendida contratación (Circular de la Dirección Gral. del INEM 20.5.97).

En todos estos supuestos, la reclamación de deuda originada por la bonificación indebida puede formularse por la Tesorería General de la Seguridad Social y, si no se hubiera formulado de esta manera, por acta de liquidación de cuotas practicada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (o requerimiento art. 31.1.c) LGSS y 35 RISOS), ello sin perjuicio de que el INEM pueda aportar antecedentes e instar la actuación de una u otra instancia. La base fáctica precisa para determinar si procede o no la bonificación y, en este último caso, la reclamación de las cuotas indebidamente bonificadas mediante acta de liquidación, ha de quedar determinada en el documento de forma precisa y clara, remitiéndonos a lo dicho en los CT 3/97, 6/97 y 22/99 sobre el contenido y requisitos de los documentos inspectores y 27/2000.

3. **Transformaciones** en indefinidos de contratos de trabajadores de la propia empresa con:

- **contrato de aprendizaje, prácticas, formación y de relevo** celebrados inicialmente a tiempo parcial que se transformen en indefinidos a tiempo completo, incluidos los contratos de fijos discontinuos.

Bonificación: 20 por 100 durante el período de los 24 meses siguientes al inicio de la vigencia del nuevo contrato.

- **contrato de prácticas y de relevo** celebrados inicialmente a tiempo parcial que se transformen en indefinidos a tiempo parcial, incluidos los contratos de fijos discontinuos, con idéntica o superior jornada de trabajo.

Bonificación: 20 por 100 durante el período de los 24 meses siguientes al inicio de la vigencia del nuevo contrato.

La transformación de cualquier otro contrato temporal en indefinido no tendrá derecho a bonificación.

La procedencia de la bonificación deriva del cumplimiento de todas las condiciones exigidas en la norma de concesión, pero en unos casos, el fraude económico a la Seguridad Social, puede tener su origen en simulaciones o ficciones (por ejemplo, apariencia de contratos de relevo de auténticos contratos indefinidos celebrados a jornada completa), lo que, según reiteradísima jurisprudencia, convierte al contrato en fraudulento y, por tanto, celebrado por tiempo indefinido (SSTS 22.12.95, 11.3.97, y 19.2.96, entre otras muchas). Un supuesto frecuente de bonificaciones indebidas se produce cuando la jornada realizada por un trabajador con contrato indefinido a tiempo parcial, supera al 77 por 100 de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación, o pactada en contrato, remitiéndonos al apartado CUARTO de estos Criterios. Si la ampliación de jornada no altera la modalidad contractual a tiempo parcial suscrita, el mantenimiento del derecho a la bonificación requerirá la formalización por escrito y su registro en la oficina de Empleo correspondiente de la novación contractual realizada.

Otro bloque de supuestos con cierta identidad propia viene a ser el de la sucesión concatenada de contratos temporales, en los que la jurisprudencia ha modificado su criterio, antes basado en que el examen debía limitarse al último de los contratos (por todas, STS 24.6.96). Con posterioridad, las SSTS 20.2.97, 21.2.97, 25.3.97, 5.5.97 y 25.5.97, todas ellas en unificación de doctrina, señalan, como resumen de la nueva doctrina jurisprudencia

unificada, lo siguiente: 1º) Si no existe solución de continuidad en la secuencia contractual deben ser examinados todos los contratos sucesivos; 2º) Si se ha producido una interrupción en la secuencia contractual superior a los veinte días previsto como plazo de caducidad para la acción de despido, entonces sólo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad; 3º) En aplicación de la regla precedente, el control de legalidad se ha de atener exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido; y 4º) No obstante lo anterior, cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones, cuando se acrediten la actuación empresarial en fraude de ley y la unidad esencial del vínculo laboral.

Cuestión distinta se produce cuando la sucesión concatenada de contratos sea debida a la aplicación de cláusulas de subrogación del personal establecidas en los Convenios Colectivos (sector Limpiezas), pues dicha subrogación al amparo de una norma sectorial no es la subrogación legal del art. 44 ET y, en consecuencia, no estamos ante el supuesto de exclusión de incentivos que contempla el art. 28.5.c) párrafo segundo Ley 55/1999 (doctrina que reiteradamente emana de las SSTS 28.2.96 y 16.1.97).

4. Cuando el contrato se celebre por un **empresario incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y dado de alta** al menos, desde el 1 de enero de 1999, que no haya tenido asalariados a su cargo para el desempeño de su actividad en los doce meses anteriores a la contratación y un trabajador que pertenezca a alguno de los colectivos antes enumerados, exceptuando a los desempleados perceptores del subsidio agrario, darán derecho, durante un período de veinticuatro meses siguientes a la fecha de la contratación a las bonificaciones de la cuota empresarial por contingencias comunes siguientes:

- **Desempleados** mayores de 45 años o desempleado inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante un período mínimo de doce meses:

Bonificación: 60 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato. Cuando se trate de mujeres con contrato a tiempo completo, el 70 por 100.

55 por 100 durante el segundo año de vigencia del mismo. Cuando se trate de mujeres con contrato a tiempo completo, el 65 por 100.

- **Desempleados** menores de 30 años, o una mujer en una profesión u ocupación con menor índice de empleo femenino, menor de 45 años, o desempleada no inscrita en la Oficina de Empleo.

Bonificación: 35 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato.

30 por 100 durante el segundo año de vigencia del mismo.

5. Cuando el contrato se celebre por **empresas o entidades sin ánimo de lucro y un trabajador desempleado en situación de exclusión social**, y aunque sea de carácter temporal, dará derecho, durante su vigencia, con un máximo de veinticuatro meses, a una bonificación del 65 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes (cuando el mismo trabajador celebre posteriores contratos con la misma o distinta empresa, se aplicará, igualmente, el máximo de veinticuatro meses desde la fecha inicial del primer contrato), siempre que pertenezcan a alguno de los colectivos siguientes:

- **Perceptores** de rentas mínimas de inserción o de cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.

- **Personas** que no pueden acceder a las prestaciones expresadas en el párrafo anterior por alguna de las siguientes causas:
 - Falta de período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora.
 - Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.
- **Jóvenes** mayores de 18 años y menores de 30, procedentes de instituciones de protección de menores.
- **Personas** con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.
- **Internos** de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex-reclusos.

Requisitos exigidos a las empresas para poder ser beneficiarias de las bonificaciones previstas en el Programa de Fomento del Empleo para 2000 (art. 28.dos L 55/99).

En relación con los requisitos del apartado dos el Inspector/Subinspector deberá constatar que los beneficiarios de las bonificaciones reúnan los siguientes requisitos:

1. Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Podrá comprobarse exigiendo la aportación del correspondiente certificado y, en su defecto, se abre la vía a la colaboración con la Administración Tributaria.
2. Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la Seguridad Social, requisito de carácter genérico para acceder a los beneficios establecidos en las normas legales de referencia, distinto de la obligación impuesta para el mantenimiento de aquéllos, puesto que al materializarse la bonificación mes a mes, simultáneamente con el ingreso de la cuota, a través de la propia liquidación del interesado, tales beneficios quedan sometidos a las reglas generales de recaudación de las cuotas de la Seguridad Social. A efectos de mantener dichos beneficios, “la falta de ingreso en plazo reglamentario de las cuotas de Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta con las mismas, devengados con posterioridad a la obtención de los beneficios a que se refiere el número anterior, dará lugar únicamente a su pérdida automática respecto de las cuotas correspondientes a períodos no ingresados en dicho plazo”, (art. 77 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), precepto que instaura un régimen de adquisición y pérdida de beneficios en la cotización a la Seguridad Social general, unificando las distintas regulaciones existentes (resolución Dirección Gral. de Ordenación de la Seguridad Social de 3.3.97).

Por otra parte, el aplazamiento, fraccionamiento o compensación de las deudas de la Seguridad Social tienen los mismos efectos que el pago y, en consecuencia, permiten el acceso a los beneficios previstos en el art. 28 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre y demás normas de idéntica naturaleza. También cuando la reclamación de deuda (o el acta de liquidación), recurrida en vía administrativa o contencioso-administrativa, está garantizada con aval suficiente o su importe ha sido consignado, (y es abonada de confirmarse la procedencia de la reclamación) entre otras, SSTSJ de Valencia, Sección 3ª de 17.9.98, (no de no estar garantizada, ST. de 21.7.98 del mismo Tribunal) y del TSJ de Galicia, Sección 3ª de 3.10.97, por lo que no es correcto, en dichos supuestos, entender que la empresa ha dejado de estar al corriente en el pago de sus cuotas durante el período a que se contrae la deuda y reclamar mediante acta de liquidación las bonificaciones practicadas -si éstas no son

ingresadas de forma voluntaria-.

3. No haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones no prescritas graves o muy graves, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 45.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.
4. Es importante tener en cuenta que en las Leyes de referencia, no se exige, como ocurría anteriormente, que la nueva contratación suponga un incremento neto de plantilla ni que no se haya reducido la plantilla por despido improcedente, despido colectivo o extinción de contrato por causas objetivas. Tampoco exige que se mantenga la estabilidad en el empleo de los nuevos contratados ni de los trabajadores fijos anteriores.

Concurrencia con otras ayudas públicas (art. 28.cuatro y seis L 55/99).

En relación con los requisitos de los apartados cuatro y seis, el Inspector/Subinspector deberá constatar que los beneficiarios de las bonificaciones reúnan los siguientes requisitos:

Los beneficios antedichos no podrán, en concurrencia con otras ayudas públicas para la misma finalidad, superar el 60 por 100 del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica.

Debe entenderse por ayuda pública, conforme a lo establecido en el artículo 81.2 del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre:

- a) Toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un bien público; y
- b) Las subvenciones o ayudas financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Unión Europea.

Para que opere el límite del 60 por 100 antes expresado, las ayudas públicas concurrentes deben ser concedidas “con la misma finalidad”, es decir, para fomentar la contratación indefinida.

Obligación de reintegro (art. 28.ocho L 55/99).

En los supuestos de obtención de las ayudas sin reunir los requisitos exigidos para su concesión, procederá la devolución de las cantidades dejadas de ingresar por bonificación de cuotas a la Seguridad Social con el recargo correspondiente.

Esta obligación de reintegro se entiende sin perjuicio de lo previsto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, cuyo artículo 14.1.12 tipifica como infracción grave, sancionable con multa de 50.001 a 500.000 pesetas, “obtener o disfrutar indebidamente reducciones o bonificaciones en el pago de las cuotas sociales que correspondan, entendiéndose producida una infracción por cada trabajador afectado”.

Exclusiones de la aplicación de incentivos (art. 28.cinco L 55/99).

En relación con los requisitos del apartado cinco (exclusiones), el Inspector/Subinspector deberá constatar que no concurren las siguientes circunstancias en los beneficiarios de la ayuda:

- Relaciones laborales de carácter especial; el cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración

de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad;

- Trabajadores que, en los veinticuatro meses anteriores, hubieran prestado servicio en la misma empresa o grupo de empresas mediante un contrato de tiempo indefinido o en los supuestos de sucesión de empresas en virtud de lo establecido en el art. 44 del ET;
- Trabajadores que hubieran finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses anteriores a la formulación del nuevo contrato.

SEGUNDO.- ACTUACIONES INSPECTORAS SOBRE CONTROL DE INCENTIVOS AL AMPARO DE LA DISPOSICIÓN CUADRAGÉSIMA TERCERA DE LA LEY 50/1998, DE 30 DE DICIEMBRE MODIFICADA POR EL RD-L 5/1999, DE 9 DE ABRIL, CON EFECTOS DE 1 DE ENERO DE 1999.

En la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social, regula incentivos a la contratación indefinida a tiempo completo y parcial, completando así la regulación contenida en la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, que solamente incentivaba los contratos indefinidos celebrados a tiempo completo.

Requisitos generales que deben reunir los contratos que se celebren entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1999 para tener acceso a los incentivos (DA 43.primer y segundo L 50/98).

Desde el punto de vista de la actuación inspectora, la carencia de requisitos para la procedencia de la bonificación puede deducirse, en algunos casos, de la propia documentación aportada por la empresa, sin necesidad de mayor análisis. Así ocurre, a título de ejemplo, en los incumplimientos de los requisitos exigidos por la disposición adicional cuadragésimo tercera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, modificada por el Real Decreto-Ley 5/1999, de 9 de abril: apartado primero (requisitos de edad e inscripción en la Oficina de Empleo de los colectivos de trabajadores afectados), apartado segundo (aplicación de tipo incorrecto en la bonificación de cuotas), apartado tercero (exclusiones), apartado cuarto (carencia de requisitos básicos de los beneficiarios).

En relación con los requisitos de los apartados primero y segundo, el Inspector/Subinspector deberá constatar las siguientes circunstancias de los contratos y de los trabajadores contratados, según sean nuevas contrataciones o transformaciones:

1. El contrato debe hacerse por tiempo indefinido, a tiempo completo o a tiempo parcial, incluidos los fijos discontinuos, o al amparo de un convenio vigente a la entrada en vigor del RD-L 15/1998, que se celebren entre el 1.1.1999 y 31.12.1999, con trabajadores incluidos en los colectivos siguientes, y por escrito en modelo oficial (art. 8.2 y 12.4.a) ET).
2. **Contrataciones iniciales.** Los trabajadores contratados, desempleados, deben estar en algunas de las situaciones siguientes y darán derecho, durante un período de 24 meses siguientes a la fecha de la contratación o, en su caso, transformación, a las bonificaciones de la cuota empresarial por contingencias comunes que así mismo se indican:

- **Jóvenes** menores de 30 años.

Bonificación: 35 por 100 durante el primer año de vigencia. Cuando se trate de mujeres con contrato a tiempo completo, el 40 por 100.

25 por 100 durante el segundo año de vigencia del contrato. Cuando se trate de mujeres con contrato a tiempo completo, el 30 por 100.

- **Desempleados** inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante un período

mínimo de doce meses:

Bonificación: 40 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato. Cuando se trate de mujeres con contrato a tiempo completo, el 45 por 100.

30 por 100 durante el segundo año de vigencia del mismo. Cuando se trate de mujeres con contrato a tiempo completo, el 35 por 100.

- **Mujeres** inscritas en la oficina de empleo, por un período mínimo de 12 meses, contratadas para prestar servicios en profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino establecidas en la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1998:

Bonificación: 45 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato.
40 por 100 durante el segundo año de vigencia del mismo.

- **Desempleados** mayores de 45 años:

Bonificación: 45 por 100 durante el primer año de vigencia del contrato. Cuando se trate de mujeres con contrato a tiempo completo, el 50 por 100.

40 por 100 durante el resto de la vigencia del mismo. Cuando se trate de mujeres con contrato a tiempo completo, el 45 por 100.

3. **Transformaciones** en indefinidos de contratos de trabajadores de la propia empresa con:

- **contratos de prácticas y de relevo** a tiempo completo o a tiempo parcial que se transformen en indefinidos a tiempo completo, entre el 17.5.99 y 31.12.99 cualquiera que sea la fecha de su celebración, dará derecho, igualmente, a una

Bonificación: 25 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes durante los veinticuatro meses siguientes a dicha transformación, salvo que ésta afecte a un contrato celebrado con un trabajador mayor de 45 años, en cuyo caso la bonificación del 25 por 100 se prolongará durante la vigencia del contrato transformado.

- **contratos de aprendizaje, formación y sustitución por anticipación a la edad de jubilación** que se transformen en indefinidos a tiempo completo, entre el 17.5.99 y 31.12.99 cualquiera que sea la fecha de su celebración, dará derecho, igualmente, a una

Bonificación: 25 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes durante los veinticuatro meses siguientes a dicha transformación, salvo que ésta afecte a un contrato celebrado con un trabajador mayor de 45 años, en cuyo caso la bonificación del 25 por 100 se prolongará durante la vigencia del contrato transformado.

- **contratos de prácticas y de relevo** a tiempo parcial que se transformen en indefinidos a tiempo parcial, entre el 1.1.99 y 31.12.99 cualquiera que sea la fecha de su celebración, dará derecho, igualmente, a una

Bonificación: 50 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes durante los veinticuatro meses siguientes a dicha transformación (Ley 64/1997, y a la bonificación del período adicional de doce meses del 20 por 100 establecida en Disposición adicional cuadragésima tercera.2.5 de la Ley 50/1998).

- **contratos de duración determinada o temporal** (excluidos los anteriores) a tiempo completo o a tiempo parcial -que estén vigentes el 1 de enero de 1999- que se transformen en indefinidos a tiempo completo, entre el 1.1.99 a 31.12.99 (incluidos los contratos de trabajadores fijos discontinuos).

Bonificación: 25 por 100 durante los veinticuatro meses siguientes a dicha transformación. Cuando afecte a un contrato celebrado con un trabajador mayor de 45 años, la bonificación del 25 por 100 se prolongará durante la vigencia del contrato transformado (Disposición final única RD-L 5/1999, de 9 de abril).

- **contratos de duración determinada o temporal** (excluidos los anteriores) celebrados a tiempo parcial -que estén vigentes el 1 de enero de 1999- que se transformen en indefinidos a tiempo parcial, entre el 1.1.99 a 31.12.99.

Bonificación: 25 por 100 durante los veinticuatro meses siguientes a dicha transformación. Cuando afecte a un contrato celebrado con un trabajador mayor de 45 años, la bonificación del 25 por 100 se prolongará durante la vigencia del contrato transformado (Disposición final única RD-L 5/1999, de 9 de abril).

Nos remitimos a lo apuntado en el apartado PRIMERO respecto a los supuestos de bonificaciones indebidas.

En relación con los requisitos a las empresas para poder ser beneficiarias de las bonificaciones previstas en el Programa de Fomento de Empleo para 1999; concurrencia con otras ayudas públicas y obligación de reintegro, nos remitimos a lo ya dicho en el apartado PRIMERO.

TERCERO.- ACTUACIONES INSPECTORAS SOBRE CONTROL DE INCENTIVOS A LA TRANSFORMACIÓN DE CONTRATOS DE RELEVO EN CONTRATOS INDEFINIDOS A TIEMPO COMPLETO.

A) Contratos de relevo celebrados al amparo del RD 1991/1984, de 31 de octubre.

El contrato de relevo se hallaba regulado reglamentariamente en el Capítulo II del Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regulaban el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

El art. 7 del citado Real Decreto definía el contrato de relevo como “el que se concierta con un trabajador inscrito como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo, para sustituir al trabajador de la empresa que accede a la jubilación parcial prevista en el artículo 12.5 del Estatuto de los Trabajadores, simultáneamente con el contrato a tiempo parcial que se pacte con este último”.

El art. 10 del mismo Real Decreto -en su redacción dada por la disposición adicional 2ª del Real Decreto 799/1985, de 25 de mayo, que lo modificó- disponía que “si al finalizar el contrato de relevo el empresario opta por su conversión en un contrato a jornada completa y por tiempo indefinido, el porcentaje de cotización a cargo del empresario por las contingencias comunes al Régimen General de la Seguridad Social de ese trabajador será del 12 por 100, durante la vigencia del contrato. La conversión operada se formalizará siempre por escrito, en cuadruplicado ejemplar, y se registrará en la Oficina de Empleo en que lo estuviere el contrato de relevo originario; uno de los ejemplares debidamente diligenciado se remitirá por el Instituto Nacional de Empleo a la Tesorería General de la Seguridad Social”.

La bonificación del 12 por 100 en la cuota empresarial por contingencias comunes entró en vigor

el día 1 de junio de 1985 (fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto 799/1985).

La disposición derogatoria única del Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial, derogó expresamente el artículo 10 del citado Real Decreto 1991/1984.

Teniendo en cuenta que el Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, entró en vigor el día 1 de enero de 1994, las bonificaciones contempladas en el artículo 10 del Real Decreto 1991/1984 estuvieron vigentes desde el día 1 de junio de 1985 hasta el día 1 de enero de 1994.

Ello quiere decir que los contratos de relevo convertidos a su finalización en contratos a jornada completa y por tiempo indefinido en el período comprendido entre el 1 de junio de 1985 y el 1 de enero de 1994 disfrutarán durante toda su vigencia de una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 12 por 100.

Desde el 1 de enero de 1994 hasta el 17 de mayo de 1997 -fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo- no ha habido norma alguna que haya bonificado la transformación de contratos de relevo en contratos indefinidos a jornada completa.

No podrán acogerse a esta bonificación, por tanto, los contratos de relevo convertidos a su finalización en contratos a jornada completa y por tiempo indefinido antes del 1 de junio de 1985, o después del 1 de enero de 1994 y antes del 17 de mayo de 1997.

Por consiguiente, deberán practicarse las oportunas actas de liquidación por diferencias de cotización no prescritas relativas a los contratos de relevo transformados en indefinidos con posterioridad al 1 de enero de 1994 y antes del día 17 de mayo de 1997, que estén acogidos a la bonificación del 12 por 100 en la cuota empresarial por contingencias comunes. En su caso, si concurre el requisito de culpabilidad empresarial, se extenderán también las correspondientes actas de infracción.

B) Contratos de relevo celebrados al amparo de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, y de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

El conjunto de medidas orientadas a mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, propuesto de común acuerdo por los agentes sociales en virtud del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo, respondió a una amplia demanda social que considera necesario corregir la alta tasa de desempleo, la precarización y la intensa rotación de los contratos.

La necesidad de articular normativamente el conjunto de medidas contempladas en el Acuerdo y la urgencia en lograr su aplicación aconsejaron la aprobación del Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, que fue sometido a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 5 de junio de 1997, en la que se acordó su convalidación, así como su tramitación como Proyecto de Ley, a lo que responde la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, en la que se recoge el contenido del Real Decreto-Ley convalidado con las adaptaciones formales necesarias.

Requisitos generales que deben reunir los contratos de relevo que se transformen en indefinidos, entre el 17 de mayo de 1997 y el 17 de mayo de 1999 (arts. dos y tres L 64/97).

Desde el punto de vista de la actuación inspectora, la carencia de requisitos para la procedencia de la bonificación puede deducirse, en algunos casos, de la propia documentación aportada por la empresa, sin necesidad de mayor análisis. Así ocurre, a título de ejemplo, en los incumplimientos de los requisitos exigidos por la Ley 64/1997, de 26 de diciembre: art. 2 (colectivos acogidos o transformación en indefinidos de contratos de relevo que no estuvieran vigentes el 17 de mayo de

1997), art. 3 (aplicación de tipo incorrecto en la bonificación de cuotas), artículo 4 (supuestos excluidos), art. 5 (carencia de requisitos básicos en las empresas beneficiarias).

En relación con los requisitos de los arts. 2 y 3, el Inspector/Subinspector deberá constatar las siguientes circunstancias de los contratos y de los trabajadores contratados:

1. El contrato debe hacerse por tiempo indefinido, a tiempo completo y por escrito en modelo oficial (art. 8.2 ET).
2. Las transformaciones en indefinidos de los trabajadores de la propia empresa con contrato de relevo, cualquiera que sea la fecha de su celebración, deberán pertenecer a algunos de los colectivos siguientes y darán derecho a las bonificaciones de la cuota empresarial por contingencias comunes que así mismo se indican:
 - **Mujeres** en profesiones u oficios en que se hallen subrepresentadas o cuyos contratos se transformen en indefinidos para prestar servicios en dichas actividades u oficios.

Bonificación: 60 por 100 durante los veinticuatro meses siguientes a la transformación.

- **Trabajadores mayores de 45 años:**

Bonificación: 60 por 100 durante los veinticuatro meses siguientes a la transformación.

50 por 100 durante el resto de la vigencia del contrato.

- **Trabajadores con contratos de relevo** (excluidos los colectivos anteriores):

Bonificación: 50 por 100 durante los veinticuatro meses siguientes a la transformación.

El período que abarcan las bonificaciones de la Ley 64/1997 se inicia el 17 de mayo de 1997 y termina el 17 de mayo de 1999.

Prórroga de las bonificaciones durante un período de doce meses.

La transformación de contratos de relevo en contratos indefinidos realizada durante el período comprendido entre el 17 de mayo de 1997 y el 17 de mayo de 1999, tendrán derecho a una bonificación del 20 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, por un período adicional de doce meses siguientes a aquél en que cumplan los veinticuatro meses desde la transformación del contrato de relevo en indefinido (Disposición adicional cuadragésimo tercera.2.5 Ley 50/1999).

En consecuencia, para estos supuestos el período total de disfrute de bonificaciones será de treinta y seis meses desde la transformación.

Transformación en indefinidos de contratos de relevo celebrados con trabajadores discapacitados.

Como ha puesto de manifiesto la Dirección General de Trabajo en consulta de 19 de junio de 1997, pese a que la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, no regula de modo directo los incentivos a la transformación en indefinidos de contratos de relevo celebrados con trabajadores minusválidos, en el espíritu de la nueva reforma laboral está implícita la idea de incentivar también la transformación en indefinidos de contratos temporales, cualquiera que sea su modalidad, suscritos con trabajadores minusválidos. Dicha transformación habrá de regirse por lo dispuesto en el RD 1451/1983, de 11 de mayo, por cuanto, entre otras razones, los incentivos de éste son más beneficiosos que los que regula la

Ley 64/1997.

El apartado octavo de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, mantiene expresamente la vigencia del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.

Los incentivos previstos para esta transformación son los siguientes:

- a) Subvención de 500.000 pesetas por cada contrato de trabajo indefinido celebrado (art. 7.1 RD 1451/1983, de 11 de mayo).
- b) Bonificación en la totalidad de las cuotas empresariales a la Seguridad Social (incluidas, por tanto, las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las de recaudación conjunta) en los siguientes porcentajes (art. 7.1 RD 1451/1983, de 11 de mayo):
 - 70 por 100, si el trabajador minusválido tiene menos de 45 años.
 - 90 por 100, si el trabajador minusválido tiene más de 45 años.
- c) Formación o reconversión profesional de los trabajadores minusválidos de nuevo ingreso o readmitidos, que podrán ser solicitadas al INEM por las empresas contratantes, concertando los términos en que habrán de desarrollarse las acciones de formación (art. 11 RD 1451/1983, de 11 de mayo).
- d) Subvenciones con cargo al INEM destinadas a la adaptación de puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes de trabajo al trabajador minusválido contratado (art. 12 RD 1451/1983, de 11 de mayo).

La necesidad de adaptación o de medios especiales de protección personal deberá contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Si la empresa no solicitase esta ayuda, podrá hacerlo el propio trabajador.

El límite de estas ayudas de adaptación es de 150.000 pesetas (art. 1.2 OM 13 de abril de 1994 y OM 31 de marzo de 1998).

CUARTO.- LA NO INCENTIVACIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS CONTRATOS INDEFINIDOS A TIEMPO PARCIAL EN CONTRATOS INDEFINIDOS A TIEMPO COMPLETO.

Ni la disposición cuadragésima tercera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, ni el Real Decreto-Ley 5/1999, de 9 de abril, que la modifica, prevén ningún tipo de bonificación en la cotización a la Seguridad Social por la transformación de contratos indefinidos a tiempo parcial en contratos indefinidos a tiempo completo.

La citada norma -en la misma línea que la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, con la diferencia de que ésta se refiere a contratos celebrados a jornada completa- solamente incentiva la celebración de contratos indefinidos iniciales a tiempo parcial y la transformación de contratos temporales en contratos indefinidos a tiempo parcial.

No es objeto de bonificación, por tanto, la transformación de contratos indefinidos a tiempo parcial en contratos indefinidos a tiempo completo, ni la transformación de contratos indefinidos a tiempo completo en contratos indefinidos a tiempo parcial.

QUINTO.- LA OBLIGACIÓN DE LAS EMPRESAS AFECTADAS DE ACREDITAR EL MANTENIMIENTO DEL DERECHO A LA BONIFICACIÓN ANTES DEL 1 DE JULIO DE 1999.

Según dispone la disposición adicional decimoséptima de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre -modificada por el art. 2º del Real Decreto-Ley 5/1999, de 9 de abril-, en el plazo de seis meses desde el 1 de enero de 1999, las empresas que disfruten de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, obtenidas al amparo de, entre otras normas, el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, deberán acreditar, ante el Instituto Nacional de Empleo, el mantenimiento del derecho a bonificación, aportando la documentación justificativa que se determine por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La Orden Ministerial de 27 de mayo de 1999, desarrolla la citada disposición adicional decimoséptima de la Ley 50/1998, enumerando las normas afectadas por ella. Detalla, asimismo, que el plazo para acreditar el mantenimiento del derecho a las bonificaciones expira el día 1 de julio de 1999, debiendo las empresas afectadas presentar ante cualquier Oficina de Empleo el modelo oficial de justificación, debidamente cumplimentado, que figura en el Anexo de la Orden.

La mencionada Orden establece, finalmente, que la no presentación por las empresas del modelo o modelos, según el caso, de justificación requeridos antes del 1 de julio de 1999, supondrá para aquéllas la pérdida automática desde esa fecha del derecho al mantenimiento de las bonificaciones en cuotas que vinieran disfrutando.

Debe recordarse, por una parte, que las empresas beneficiarias deberán estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social y, por otra, que la falta de ingreso en plazo reglamentario de las cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta con las mismas, devengados con posterioridad a la obtención de los citados beneficios en la cotización, aunque se presenten los documentos de cotización en ese plazo reglamentario, dará lugar a la pérdida automática de tales beneficios respecto de las cuotas correspondientes únicamente a períodos no ingresados en dicho plazo, conforme a lo dispuesto en el apartado primero del art. 77 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y en el tercer párrafo del apartado 1 del art. 17 del Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

SEXTO.- RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.

1. Incompatibilidad relativa entre los incentivos concedidos al amparo de la Ley 22/1992, de 30 de julio, y los otorgados por la Ley 64/1997, de 30 de diciembre.

Pese a haber sido derogada expresamente por el apartado 1º de la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, siguen vigentes los incentivos concedidos al amparo de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

Según disponía el art. 6.1 de la Ley 22/1992, de 30 de julio, los beneficios establecidos en la Ley 22/1992, de 30 de julio, “serán incompatibles con cualesquiera otras ayudas públicas concedidas con la misma finalidad”.

A raíz de la promulgación de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, se plantea una importante cuestión acerca de la compatibilidad de los incentivos que establece esta Ley con los que fijaba la Ley 22/1992, de 30 de julio.

Como ya se ha dicho, la Ley 22/1992, de 30 de julio, sigue siendo de aplicación a las contrataciones realizadas a su amparo antes del 17 de mayo de 1997. De acuerdo con dicha Ley, en

caso de que se produzca el cese de trabajadores fijos en el plazo de tres años desde la celebración de la contratación incentivada, la empresa beneficiaria está obligada a cubrir la vacante, en el plazo de un mes a partir de la fecha del cese, mediante un contrato por tiempo indefinido, contrato que, según doctrina de Dirección General de Trabajo (consulta de 19 de junio de 1997), podrá ser tanto un contrato indefinido tradicional, como un contrato para el fomento de la contratación indefinida regulado en la disposición adicional primera de la Ley 63/1997m de 26 de diciembre.

Se trata de dilucidar si, en el supuesto de que con posterioridad al 17 de mayo de 1997 se produce una vacante en la plantilla fija de una empresa acogida a los beneficios de la Ley 22/1992, de 30 de julio, y tal vacante se cubre mediante la celebración de un contrato indefinido con derecho a los incentivos de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, son compatibles estos nuevos incentivos con el mantenimiento de las bonificaciones que establecía la Ley 22/1992, de 30 de julio.

A este respecto, la Dirección General del INEM, en consulta de 19 de junio de 1997, distingue dos supuestos: a) que la vacante que se trata de cubrir sea la del trabajador cuyo contrato fue objeto de subvención por la Ley 22/1992; y b) que la vacante corresponda a otro trabajador en el que no concorra tal circunstancia y su cobertura se dirija únicamente al mantenimiento de la plantilla fija a efectos de lo dispuesto en la Ley 22/1992, de 30 de julio. De acuerdo con el criterio mantenido en esta consulta por el INEM, en el primer supuesto no será posible la bonificación de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, pero en el segundo caso sí procederá la bonificación, siempre que en el nuevo trabajador contratado con carácter indefinido se den todos los requisitos que exige esta norma legal.

Puesto que los contratos indefinidos celebrados antes del 17 de mayo de 1997 y bonificados de acuerdo con la Ley 22/1992, de 30 de julio, siguen rigiéndose por ésta, habrá que acudir a su art. 6.1. De acuerdo con este precepto, parece claro que, en caso de que la vacante que se cubre sea la del trabajador cuyo contrato indefinido estaba bonificado, la empresa no tendrá derecho a los beneficios de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, pues se estaría bonificando dos veces una contratación con la misma finalidad. Sí, en cambio, se seguirían manteniendo los incentivos de la Ley 22/1992, de 30 de julio.

Sin embargo, en caso de que la vacante que se pretenda cubrir corresponda a un trabajador cuyo contrato indefinido no estaba bonificado por la Ley 22/1992 y tal cobertura se haga mediante la celebración de un contrato indefinido que dé lugar a las bonificaciones de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, parece más que dudoso privar a la empresa de éstas, ya que este nuevo contrato indefinido no ha sido objeto de una bonificación de la Ley 22/1992 y, por tanto, no está sujeto a esta norma legal.

Habrà que estar, por tanto, en este caso a lo dispuesto en el art. 6.1 de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, a cuyo tenor los beneficios establecidos en la misma “no podrán, en concurrencia con otras ayudas públicas para la misma finalidad, superar el 60 por 100 del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica”. Esta será, por tanto, la única regla de incompatibilidad que regirá para el nuevo contrato indefinido celebrado para cubrir la vacante. Por consiguiente, en este supuesto sí serían compatibles las bonificaciones del contrato indefinido celebrado al amparo de la Ley 22/1992, de 30 de julio, con los incentivos del contrato indefinido suscrito al amparo de la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, siempre y cuando la suma de tales beneficios no supere el 60 por 100 del coste salarial anual del contrato que se bonifica.

Siempre será posible, desde luego, que la empresa renuncie a los incentivos de la Ley 22/1992, de 30 de julio, devolviendo los ya obtenidos, y acceda, por la nueva contratación indefinida, a los incentivos que establece la Ley 64/1997, de 26 de diciembre.

2. Compatibilidad con los denominados “incentivos regionales”.

Se entiende por “incentivos regionales” las ayudas financieras que conceda el Estado para fomentar la actividad empresarial y orientar su localización hacia zonas previamente determinadas, al

objeto de reducir las diferencias de situación económica en el territorio nacional, repartir más equilibradamente las actividades económicas sobre el mismo y reforzar el potencial de desarrollo endógeno de las regiones (artículo 1.1 de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, sobre incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, y art. 1.1 RD 1535/1987, de 11 de diciembre, que la desarrolla).

Tales incentivos se otorgarán por el Ministerio de Economía y Hacienda a zonas de promoción económica, entendiendo por tales “las áreas geográficas del Estado con menor nivel de desarrollo” (art. 2.1 del RD 1535/1987, de 11 de diciembre), que se clasifican en zonas de tipo I, tipo II, tipo III y tipo IV, de acuerdo con su nivel de desarrollo.

Los incentivos citados tendrán por objeto financiar proyectos promocionables, entendiendo por tales “los relativos a la creación de nuevos establecimientos, ampliación, traslado y, en su caso, modernización” (art. 8.1 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre).

En conclusión, la finalidad de los incentivos territoriales otorgados por la citada Ley 50/1985, de 27 de diciembre, es distinta de la que persigue la Ley 22/1992, de 30 de julio, por lo que no existe incompatibilidad entre las ayudas concedidas por ambas a una misma empresa beneficiaria (consulta de la Dirección General de Empleo de 11 de enero de 1996).

Madrid, 2 de marzo de 2000
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Avelina Llordén Miñambres

Conforme
EL DIRECTOR GENERAL

F. Javier Minondo Sanz

SR. JEFE DE LA INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

CRITERIOS TÉCNICOS INTERPRETATIVOS SOBRE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES CAPITALISTAS

Las reclamaciones judiciales derivadas de la responsabilidad que puede seguirse contra los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada para el resarcimiento de los daños que su mala actuación haya deparado al patrimonio de la sociedad, de los socios y/o de terceros acreedores, han aumentado considerablemente en los últimos años, substanciándose ante distintos órdenes judiciales y con origen en muy diversos tipos de deudas.

Todo ello ha acontecido a impulsos del cambio legislativo operado con la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio, por la que se adaptó nuestra legislación mercantil a las Directivas comunitarias en materia de sociedades, a la que siguieron el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Debe subrayarse en este sentido la frecuencia con la que han debido pronunciarse a lo largo de la presente década los Juzgados y Tribunales del orden social a propósito de demandas planteadas por trabajadores de una sociedad mercantil frente a los órganos de administración de ésta, en base a las cuales se ha ido construyendo en el ámbito laboral una sólida doctrina jurisprudencial, que presenta problemas comunes con la imputación de responsabilidad de dichos administradores derivadas de las obligaciones de cotización a la Seguridad Social contraídas por la sociedad.

Por otra parte, el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social incluye, entre los supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria desarrollados en sus artículos 10 y 12, los previstos en otras normas, en virtud de la remisión que efectúan los apartados 5 y 3, respectivamente, de dichos preceptos.

Por todo ello, en uso de las facultades conferidas por el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 18.3.12 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, en relación con la Orden de 12 de febrero de 1998, se establecen los siguientes criterios técnicos para el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

1.- Régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas.

El régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas se encuentra recogido en los artículos 127.1 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas y 69.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

- a) El artículo 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas configura los principios generales a los que deben ajustar su actuación los administradores para no incurrir en responsabilidad, estableciendo que *“los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”*.
- b) El artículo 133.1 de la citada Ley dispone que *“los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”*.

Debe tenerse en cuenta que la Ley se refiere exclusivamente a los administradores, es decir, consejeros (tengan o no facultades delegadas), administradores únicos y administradores solidarios o mancomunados.

Por su parte, el artículo 133.2 de la citada Ley regula la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración en los siguientes términos: *“responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción o ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”*.

En cuanto a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada, el apartado 1 del artículo 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, establece que *“la responsabilidad de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada se regirá por lo establecido para los administradores de la sociedad anónima”*.

2.- Acciones para exigir la responsabilidad de los administradores sociales.

Las acciones para exigir la responsabilidad de los administradores sociales, tanto en las sociedades anónimas como en las de responsabilidad limitada, tienen una doble plasmación en la legislación societaria:

- a) La **acción social**, que constituye una vía procesal cuyo objetivo es restablecer el patrimonio de la sociedad de un daño sufrido a causa de la actuación ilegal, antiestatutaria o no diligente de su administrador en el ejercicio de su cargo. La legitimación activa para iniciar esta acción corresponde a la sociedad; en defecto de ésta, subsidiariamente, a los accionistas, y, por último, cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, a los acreedores sociales.
- b) La **acción individual**, que pueden interponer directamente los socios y acreedores sociales -entre los que se encuentran los trabajadores-, contra los administradores de la sociedad, cuyo objetivo es el resarcimiento del daño sufrido por aquéllos como consecuencia de una actuación del administrador que haya lesionado sus intereses.

Pues bien, precisamente sobre la competencia jurisdiccional para conocer de las acciones individuales, en las que se exigen responsabilidad a los administradores sociales incumplidores de sus obligaciones por las deudas laborales no satisfechas existentes entre la sociedad empleadora y sus trabajadores -salarios, indemnizaciones, etc.-, se ha pronunciado la Sala 4ª, de lo Social, del Tribunal Supremo, en varias sentencias dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina.

3.- Supuestos de incumplimientos.

A estos efectos, dichas sentencias han distinguido dos supuestos:

- A) El incumplimiento por parte de los administradores sociales de las obligaciones establecidas en el artículo 262¹ del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por

¹ *“1. Cuando concurra alguna de las causas previstas en los números 3º, 4º, 5º y 7º del apartado 1 del artículo 260 -esto es, la conclusión de la empresa que constituya su objeto, o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, o la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento; la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente; la reducción del capital social por debajo del mínimo legal; y cualquiera otra causa establecida en los estatutos-, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general constituida con arreglo al artículo 102.*

2. Los administradores deberán convocar junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoquen la junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución.

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, así como de las previstas en el artículo 105.4² de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La **sentencia de la Sala 4ª, de lo Social, del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 28 de febrero de 1997**, niega en estos casos la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de reclamaciones suscitadas por los trabajadores con motivo del incumplimiento de dicho precepto por parte de los administradores sociales.

La citada sentencia razona que “cuando no se trata de identificar sujetos de la relación laboral, sino de extender a otros sujetos responsabilidades de cualquier naturaleza, que les alcanzan por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial, porque su decisión no impide, y ni siquiera condiciona, la de la pretensión principal. Siendo evidente que para extender la deuda salarial de la compañía a su administrador único, primero ha de establecerse la obligación de la empresa, y después analizar si la conducta social del administrador le hace responsable de aquella deuda, ha de concluirse que falta el componente de “necesidad previa”, propio de las cuestiones así calificadas. Al no tratarse de una cuestión previa o prejudicial, está bien negada la competencia del orden social de la jurisdicción”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la **sentencia de la misma Sala, en unificación de doctrina, de 21 de julio de 1998**.

- B) El incumplimiento por parte de los administradores sociales de las obligaciones establecidas en la disposición transitoria tercera³ del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

La **sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 28 de octubre de 1997**, argumenta que, aunque la responsabilidad de los administradores encuentre su fundamento en preceptos mercantiles -en este caso, en la disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas-, ajenos a la rama social del Derecho, la causa de pedir sigue siendo laboral, por más que la extensión de responsabilidad de los administradores sociales se base en la infracción de la disposición transitoria tercera de la Ley reguladora de las Sociedades Anónimas, que establece una

3. *En el caso de que la junta solicitada no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad.*

4. *Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado.*

5. *Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”.*

² *“Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado”.*

³ *“1. Antes del 30 de junio de 1992, las sociedades anónimas deberán adaptar sus estatutos a lo dispuesto en esta Ley, si estuvieran en contradicción con sus preceptos.*

2. Las sociedades anónimas que tengan un capital inferior a diez millones de pesetas deberán, en el plazo señalado en el apartado anterior, haber aumentado efectivamente su capital hasta, al menos, esa cifra, o transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

3. Transcurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adoptado e inscrito las medidas en ellos previstas, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales”.

responsabilidad de los administradores sociales que no cumplan el mandato de aumentar el capital social al mínimo de diez millones de pesetas, colocando a la sociedad en situación de no poder satisfacer los créditos a sus acreedores. Deberá ser la naturaleza de los créditos sociales que se hayan de satisfacer la determinante de la competencia de los Tribunales que hayan de decidir sobre el conjunto, pues la responsabilidad de los administradores respecto a las deudas sociales, en este supuesto, es un refuerzo de los derechos de quienes se relacionaron con el ente social, cuya exigencia debe realizarse ante el Tribunal que deba decidir la cuestión principal, que es la determinante de la calificación de la naturaleza de la acción ejercitada.

En el mismo sentido se han pronunciado las **sentencias de la Sala 4ª, también en unificación de doctrina, de 31 de diciembre de 1997 y de 13 de abril de 1998.**

Esta postura jurisprudencial se había iniciado en la doctrina judicial autonómica, que asume en estos casos la competencia del orden social, caracterizándola incluso como una cuestión prejudicial de la que deben conocer los Tribunales laborales cuando la deuda reclamada lo sea de tal carácter, aduciendo que la responsabilidad exigida al administrador forma un todo inseparable con el crédito laboral derivado de la previa existencia de un contrato de trabajo o de una relación de aseguramiento social entre el trabajador y la sociedad. Se trataría, entonces, de un conflicto individual promovido dentro de la rama social del Derecho, aunque el incumplimiento venga referido a normas mercantiles, siendo lo realmente determinante para fijar la competencia que la responsabilidad y la condena solidaria de los administradores se exija para el cumplimiento de una obligación laboral (por todas, SSTSJ Madrid de 2 de diciembre de 1996 y SSTSJ Castilla-La Mancha de 21 de febrero de 1997).

SEGUNDO.- SU INCIDENCIA EN LAS ACTUACIONES INSPECTORAS SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

De todo lo expuesto, y desde el punto de vista de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para exigir la responsabilidad pertinente por las deudas contraídas por las sociedades mercantiles capitalistas en materia de cotización a la Seguridad Social, pueden extraerse los siguientes criterios:

- 1) Los supuestos de incumplimiento por parte de los administradores sociales de los deberes societarios impuestos por el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (esto es, la obligación de convocar Junta General para adoptar el acuerdo de disolución de la sociedad o, en su caso, solicitar la disolución judicial de la sociedad), y por el artículo 105.4 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, requieren de una previa declaración de un órgano de la jurisdicción civil y, por tanto, no podrá extenderse Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social sin una previa declaración de responsabilidad.

El mismo criterio en relación con los incumplimientos previstos en los siguientes preceptos:

- a) Artículo 15.1⁴ de la Ley de Sociedades Anónimas.
- b) Artículo 18.1⁵ de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁴ *“Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no se que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad”.*

⁵ *“Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros, de la realidad de las aportaciones sociales, de la valoración de las no dinerarias, de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución, de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas por la Ley y de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquélla”.*

- c) Artículo 30⁶ de la Ley de Sociedades Anónimas.
- d) Artículo 31.1⁷ de la Ley de Sociedades Anónimas.
- e) Artículo 32⁸ de la Ley de Sociedades Anónimas.
- f) Artículo 133⁹ de la Ley de Sociedades Anónimas.
- g) Artículo 21.1¹⁰ de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

- 2) En el supuesto de incumplimiento por parte de los administradores sociales de lo dispuesto en la citada disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas (esto es, la obligación por parte de las sociedades anónimas que tengan un capital social inferior a diez millones de pesetas de aumentar, antes del 30 de junio de 1992, su capital hasta, al menos, esa cifra, o bien transformarse en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada), éstos serán responsables de las deudas a la Seguridad Social contraídas por la sociedad mercantil y, por tanto, podrá extenderseles por tal motivo Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, si bien no podrá practicárseles Acta de infracción por esta misma causa.

Idéntico criterio en el supuesto de incumplimiento previsto en la disposición transitoria sexta, apartado 2¹¹, de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁶ “Si hubiese retraso en el otorgamiento de la escritura de constitución o en su presentación a inscripción en el Registro Mercantil, las personas a que se refiere el artículo anterior (esto es, las personas designadas al efecto para otorgar la escritura pública de constitución de la sociedad) responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados”.

⁷ “Los promotores responderán solidariamente de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad”.

⁸ “Los promotores responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros de la realidad y exactitud de las listas de suscripción que han de presentar a la junta constituyente; de los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y de su adecuada inversión; de la veracidad de las declaraciones contenidas en dicho programa y en el folleto informativo, y de la realidad y la efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias”.

⁹ “1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

3. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”.

¹⁰ “Los fundadores, las personas que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento del capital y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura. También responderán solidariamente los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 74.3 de esta Ley y el valor real de las aportaciones no dinerarias.

Si la aportación se hubiera efectuado como contravalor de un aumento de capital, quedarán exentos de esta responsabilidad los socios que hubieran hecho constar en acta su oposición al acuerdo de aumento o a la valoración atribuida a la aportación”.

¹¹ “Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones, quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a

El Acta de liquidación deberá contener, en su relación de hechos, la referencia a la escritura de constitución de la sociedad y a su inscripción en el Registro Mercantil.

3) También podrán extenderse Actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, aunque no Actas de infracción por esta causa, como consecuencia de las deudas contraídas en materia de régimen económico de la Seguridad Social derivadas del incumplimiento por parte de los administradores sociales de las obligaciones previstas en los siguientes preceptos:

a) Artículo 129¹² de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y artículo 311 de la Ley de Sociedades Anónimas, que remite al anterior.

La razón de tal extensión de responsabilidad al socio único por deudas en materia de Seguridad Social no estriba en la detentación por éste de todas las acciones o participaciones que integran el capital social, ni en la confusión entre el patrimonio de la sociedad y el socio, sino en la ausencia de la publicidad oficial que supone la inscripción en el Registro Mercantil, único instrumento que permite la diferenciación hacia terceros entre el patrimonio del socio y el de la sociedad.

b) Artículo 232¹³ de la Ley de Sociedades Anónimas.

Madrid, 9 de Julio de 1999
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Avelina Llordén Miñambres

Conforme:
EL DIRECTOR GENERAL

Fco. Javier Minondo Sanz

SRES. JEFES DE LAS INSPECCIONES PROVINCIALES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

la sociedad disuelta. No obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad”.

¹² “Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad de carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad”.

¹³ “La transformación de sociedades colectivas o comanditarias en sociedades anónimas no libera a los socios colectivos de la sociedad transformada de responder solidaria y personalmente, con todos sus bienes, de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad, a no ser que los acreedores hayan consentido expresamente la transformación”.

CRITERIOS INTERPRETATIVOS RELATIVOS A LA COMPATIBILIDAD DE LA PERCEPCIÓN DE PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL Y PRESTACIÓN DE TRABAJO

En diversas ocasiones se han suscitado dudas en cuanto a los criterios a seguir por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante los supuestos señalados en el epígrafe; incluso, ha llegado a advertirse que, independientemente de las singularidades que pueda ofrecer cada caso concreto en su consideración particular, se mantienen criterios básicos no coincidentes y contradictorios en el propio seno del Sistema de Inspección, contradicciones que tratan de superar los presentes criterios técnicos e interpretativos, de otro lado coherentes con los sustentados por la Administración de la Seguridad Social y con la jurisprudencia dominante en la materia.

Por todo ello, en uso de las facultades conferidas por el artículo 20 de la Ley 30/1992, de 2 de noviembre, y artículo 18.3.12 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, en relación con la Orden de 12 de febrero de 1998, se establecen los siguientes criterios técnicos interpretativos comunes para el Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

1.- ADMINISTRACIÓN COMPETENTE

Las infracciones que pudieren cometerse en la materia que nos ocupa, en la medida que se traducen y manifiestan como una **detracción económica indebida al patrimonio de la Seguridad Social, encajan en el concepto de su régimen económico**, al que expresamente se refiere el artículo 149.1.17ª de la Constitución, **que lo confiere a la competencia exclusiva del Estado**.

La misma definición competencial a favor del Estado se contiene en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente en su Sentencia 195/1996, de 28 de noviembre y en las Sentencias expresamente invocadas en la meritada, en base a las razones contenidas en sus Fundamentos de Derecho cuyo contenido se da por reproducido por entenderse suficientemente conocido en el ámbito de la citada Inspección.

Consecuentemente, y con independencia de los informes que la Inspección actuante en estas materias pueda evacuar a la Entidad Gestora competente (normalmente al INSS), en las actas de infracción que se practiquen por irregularidades en la materia que nos ocupa, conviene se tengan en cuenta, si preciso fuere, lo establecido al respecto en los CT 19/98, de 28 de julio.

2.- PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN

- a) El artículo 41 de la Constitución consagra, como principio general, que el Sistema público de Seguridad Social debe **garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad**, de donde se infiere que las prestaciones sociales han de corresponderse con la concurrencia de una situación de necesidad.

Tal principio básico tiene su natural reflejo en la legalidad ordinaria y más directamente en la que específicamente regula la acción protectora de la Seguridad Social; con carácter general en el Capítulo IV del Libro I del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), y más específicamente y para su Régimen General en el Capítulo III del Libro II de dicho T.R.

En tal sentido, y todavía en el plano general en que aún nos movemos, la legalidad aplicable a las prestaciones de la Seguridad Social regula los requisitos y condicionantes para el derecho a las mismas (arts. 114, 118, 124 y concordantes del T.R.). Ello supone, por obvio que resulte, que la materia prestacional de la protección social pública está regulada y, por ende, sometida al cumplimiento de requisitos y condicionantes legalmente establecidos.

- b) Al propio tiempo, y ante las conexiones que frecuentemente concurren entre la regulación de determinadas instituciones jurídico-laborales y materias propias de la Seguridad Social, ha de recordarse que **el ordenamiento de ésta última es autónomo**, como insistentemente han venido declarando nuestros Tribunales y se manifiesta en la legalidad aplicable. Las recíprocas influencias entre las legislaciones laboral y de la Seguridad Social, no sólo alcanza al ámbito de los ingresos de ésta última, sino que también se manifiestan en el ámbito de las prestaciones (gastos) de forma muy significativa, posiblemente como efecto natural de la finalidad antes señalada para la acción protectora encomendada a la Seguridad Social.
- c) Por último, y todavía en el marco de estas consideraciones generales, recordar que **el de la Seguridad Social es un ordenamiento público**, a diferencia de la relación laboral (“sistema público” según el art. 41 CE). Consecuentemente, es un **ordenamiento muy sensible al interés público** en la medida que emplea recursos económicos colectivos, interés público que también se manifiesta lógicamente en la materia de prestaciones sociales ante la constatación de abusos en su obtención y disfrute. Por definición legal (Ley 42/1997 y art. 78 TRLGSS), la inspección en la materia corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con sus funciones inherentes a la vigilancia en el cumplimiento de la normativa aplicable.

Consecuentemente, la materia prestacional que ahora nos ocupa, persigue la finalidad protectora que deriva de los pronunciamientos constitucionales, se encuentra sometida a la normativa que la regula con carácter autónomo respecto de la normativa laboral, y constituye un ordenamiento de naturaleza pública protectora de situaciones y de los intereses públicos comprometidos a tales fines.

3.- NATURALEZA Y CARÁCTER DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE

La declaración constitucional de protección social ante las situaciones de necesidad (art. 41 CE), tiene su directo reflejo normativo en la regulación del TRLGSS sobre la acción protectora del Sistema (arts. 38 y ss., 114 y ss., y 203 y ss.); en tal sentido, conviene resaltar que la acción prestacional va dirigida a paliar las situaciones de necesidad en atención y función del carácter de la contingencia que las origina.

Por lo que respecta a la Incapacidad Permanente, el artículo 134.1 del TRLGSS vincula tal situación y la prestación correspondiente a la concurrencia de reducciones anatómicas o funcionales que **“disminuyan o anulen su capacidad laboral”** (del trabajador). Los grados de incapacidad, se califican **“en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado”** (art. 137.1 TRLGSS). **No se reconocerá la prestación por incapacidad cuando el beneficiario “tenga la edad... y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación”** (art. 138.1 TRLGSS). Y se regula (art. 141 TRLGSS) las **compatibilidades entre prestaciones de incapacidad permanente y actividad lucrativa** del beneficiario, al tiempo que se prevé la posibilidad de **“revisión por agravación o mejoría del estado invalidante”** (art. 143 TRLGSS).

Las precedentes citas del TRLGSS, con la regulación incorporada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, y el Real Decreto 1647/1997 para su desarrollo, e independientemente de la futura normativa ya anunciada (D.T. 5ª bis L 24/97), pone de relieve en esta materia los extremos siguientes:

- a) Existe una íntima relación entre las situaciones de incapacidad permanente y sus prestaciones consiguientes en la Seguridad Social, con la efectiva capacidad o incapacidad de trabajo del beneficiario.
- b) Tal capacidad de trabajo, determina el grado de incapacidad que corresponda.
- c) Al poder ser evolutiva tal capacidad/incapacidad laboral, tradicionalmente el legislador acudió al

instrumento de la revisión por agravamiento o mejoría del estado, con posible resultado incluso de su supresión.

- d) La relación capacidad de trabajo-prestación por incapacidad, motiva que los trabajadores en situación de jubilación por edad no accedan a aquella prestación.
- e) Que, como regla general, la lógica conduce a considerar la concurrencia de incompatibilidad entre la percepción de prestaciones por incapacidad permanente y el simultáneo y habitual desarrollo de actividad laboral lucrativa por el perceptor, especialmente en la misma que dio lugar a la incapacidad que sufraga la prestación, dado que ésta perdería su motivación y razón, o en toda actividad según el grado declarado.

En similar orden de consideraciones (relación trabajo-prestación), llamar la atención en orden a situaciones en la materia motivadas por incursiones normativas de regulaciones laborales, generalmente de naturaleza convenida o pactada. Al respecto, recordar su plena nulidad en lo que afecte al ámbito de la Seguridad Social por aplicación de lo determinado en el art. 39.2 del TRLGSS, y por el carácter autónomo de la legislación de Seguridad Social reiteradamente declarado por la jurisprudencia.

4.- CARÁCTER DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

El artículo 137.1.b TRLGSS refiere la Incapacidad Permanente Total (IPT) como uno de los grados de la invalidez permanente, hoy incapacidad, para los supuestos en que el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo sea de menor entidad que la determinante de la Incapacidad Absoluta. Para la determinación del grado de la IPT, “se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la **profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante** de la incapacidad permanente” (art. 137.2 del TRLGSS), en la forma que se desarrolle reglamentariamente (art. 137.3 en la redacción dada por Ley 24/1997), y hasta tanto seguirá en vigor la legislación anterior (D.T. 5ª bis L 24/97), a la que habremos de referirnos.

Y así, referir que la anterior redacción del artículo 137.4 del TRLGSS -hoy transitoriamente en vigor por la causa indicada- define la situación protegida en la IPT, con tal denominación “**para la profesión habitual**” como la de **pérdida de la capacidad para realizar las tareas fundamentales de la profesión habitual**, incapacidad a la que se acomoda la correspondiente prestación económica (compensación), en la medida que pueden realizarse otras actividades lucrativas por cuanto el precepto citado expresamente indica “siempre que **pueda dedicarse a otra (actividad) distinta**”.

En el ámbito reglamentario -transitoriamente subsistente- la referencia es el Reglamento aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, cuyo artículo 1º remite a las condiciones y requisitos de la LGSS para el derecho a prestaciones económicas, su artículo 12.3 define el concepto de “profesión habitual” a los efectos que nos ocupan. La Orden de 15 de abril de 1969 define en su artículo 12.2 el concepto de IPT para la profesión habitual. Y el Real Decreto 1071/1984 impone a sus perceptores la obligación de comunicar a la Entidad gestora la realización de trabajos.

De cuanto antecede, lógicamente, cabe deducir que la IPT se caracteriza, substancialmente, por las notas siguientes:

- a) En la relación trabajo-prestación, propia de la incapacidad permanente, la IPT refiere la incapacidad resultante a la profesión habitual, bien que con capacidad laboral para poder desarrollar otra distinta.
- b) Que la característica anterior, diferenciadora básica respecto de la IPA, justifica y explica el concreto porcentaje aplicable para la determinación de la cuantía de la prestación económica de la

IPT.

- c) Que, al respecto, resulta determinante el concepto de “profesión habitual”, entendida reglamentariamente como la desempeñada en el momento del accidente de trabajo o la de los doce meses anteriores a la fecha de su inicio cuando la incapacidad derive de enfermedad común o profesional.
- d) La eventual incompatibilidad trabajo-percepción de la prestación, lógicamente ha de referirse en la IPT a los trabajos propios de la referida profesión habitual del hecho causante de la falta de capacidad laboral, no a otros distintos; ello explica que la realización de trabajo por cuenta ajena o propia haya de comunicarse a la Entidad gestora, incurriéndose en infracción en caso contrario (Ley 8/1988).
- e) La materia prestacional que aquí nos ocupa, se rige exclusivamente por su normativa propia, que es la reguladora de la Seguridad Social. Consecuente ha de considerarse irrelevante y sin efecto alguno, en esta materia, el contenido o las consecuencias de normas reguladoras de las relaciones laborales de cualquier origen o naturaleza, en mérito a cuanto se razonó y expuso en momentos anteriores.

Lo anterior lo es sin perjuicio de las próximas normas reglamentarias en la materia, que han de dictarse en ejecución de la modificación que en el TRLGSS introduce la Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE núm. 169, del día 16), en la medida que cabe esperar de las mismas una mayor precisión y rigor en la definición del concepto de “profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada”, para la evitación de irregularidades y situaciones fraudulentas (art. 137 TRLGSS). Y que tal reglamentación, consecuentemente, cabe esperar que conduzca a que la decisión se fundamente más en la efectiva capacidad funcional y profesional del trabajador que en el contenido de dictámenes médicos, que la experiencia viene denotando a veces como poco acordes con aquella, con los efectos y consecuencias ya conocidas.

5.- LA COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN POR IPT Y PRESTACIÓN DE TRABAJO, COMO POSIBLE FRAUDE AL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La cuestión que se plantea, ante una eventual actuación inspectora, es la relativa a la procedencia o no de la compatibilidad entre la prestación de trabajo remunerado y el disfrute de la prestación económica de la Seguridad Social por IPT, máxime cuando parecen evidenciarse criterios de base contradictorios en el propio seno de la Inspección, lo que es preciso superar.

Al respecto, recordar que el TRLGSS, antes y después de la plena efectividad de la Ley 24/1997, exige un conjunto de requisitos (alta, carencia, etc.) para el acceso al derecho a la prestación económica por IPT. Más la cuestión a dilucidar consiste en, si tras alcanzar dicho derecho, el disfrute del mismo puede venir condicionado por la realización por parte del interesado de actividades profesionales y/o laborales y, en su caso, por qué tipo de actividades. No se oculta que el trasfondo de la cuestión no deja de ser otro que el de la consideración de eventuales supuestos fraudulentos a los intereses públicos y colectivos, bajo formalidades aparentemente irreprochables que pudieren configurar o no supuestos constitutivos de fraude de ley, consideración que se acomete seguidamente.

A.- Para enmarcar la cuestión relativa a dicha incompatibilidad, parece preciso analizarla en consideración al carácter de la IPT, y en consideración a los preceptos o normas que expresamente se refieren a la referida cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad salario-prestación.

En relación al primer plano de consideración, hemos de remitirnos a los anteriores números 3 y 4. A su vez, el TRLGSS en la redacción anterior a la Ley 24/1997, en su artículo 137 la refiere a **incapacidad para “su profesión habitual” en la medida que imposibilite para el desempeño de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a**

otra distinta (137.4 LGSS), de donde parece ya inferirse que la IPT consiste en una situación inhabilitante para el desempeño por el beneficiario de sus prestaciones del núcleo de actividades que configuran su profesión habitual, pudiendo desempeñar la actividad de una profesión distinta a aquella para la que se declaró su incapacidad. Tal es el sentido de las Sentencias del T.S. de 10-7-95, 11-7-96, 16-12-97, entre otras; o las Sentencias de TSJ del Principado de Asturias de 18-7-97, del TSJ de Castilla y León de 31-1-95, del TSJ de Cantabria de 19-10-95, y del TSJ del País Vasco de 21-4-98, también entre otras.

En cuanto al segundo de los anteriores planos de consideración, y antes también de la efectividad en la materia de la Ley 24/1997, es forzosa la referencia al artículo 141.1 del TRLGSS que establece la compatibilidad de la prestación con el salario percibido en la misma o distinta empresa, desarrollado por el artículo 24.3 de la Orden de 15-4-69 en el sentido expreso de **referirla al desempeño de “nuevo puesto de trabajo”**, y ello sin perjuicio de la **obligación de comunicación** de tales situaciones que establece el artículo 2º del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, con las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Consecuentemente, en los supuestos de IPT, la compatibilidad entre percepción de prestación y de salario parecen sólo referibles al desempeño de profesiones o puestos nuevos y diferentes al desempeñado como referencia de la declaración de incapacidad, abundando en tal criterio la circunstancia de que el artículo 23.a del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, establece que el efecto de la pensión será la fecha del cese del trabajador o de finalización de la incapacidad temporal. En tal sentido se ha venido produciendo la jurisprudencia, así el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 10-7-95 (Ar. 6252), 11-7-96 (Ar. 6104), 16-12-97 (Ar. 9185); o de los Tribunales Superiores de Justicia, así el de Cantabria en las de 19-10-95 (Ar. 3806) y de 19-7-94 (Ar. 2988), de Castilla y León en 31-1-95 (Ar. 101), de la Comunidad Valenciana en 17-4-91 (Ar. 2688), del Principado de Asturias de 12-9-97 (AL 1834/97), del País Vasco de 19-11-96 (Rec. 3339/95) y de 21.4.98 (Rec. 3014/97).

B.- Las anteriores consideraciones vienen a apuntar que existe una **compatibilidad “relativa”** entre el disfrute de prestaciones económicas por IPT y la percepción de emolumentos por realización de actividad, referible al carácter de la actividad desarrollada por el interesado en relación con la que ejercía y fue referente de la incapacidad declarada que motiva la prestación económica.

En tal sentido, si la actividad desarrollada simultáneamente a la percepción de la prestación corresponde a una diferente a la “profesión habitual” que sirvió de base a la declaración de IPT, parece que no cabe oponer objeciones a la mentada compatibilidad. No parece que pueda mantenerse el mismo criterio general para los supuestos inversos, esto es, si la actividad simultánea a compatibilizar viene a coincidir substancialmente con aquella “profesión habitual” de referencia, no pudiendo desconocerse que -de futuro- la Ley 24/1997 ha ampliado su ámbito y concepto al “grupo profesional” en que se encuadre dicha profesión (nuevo art. 137.2 TRLGSS).

Ello implica la posible existencia de supuestos de **incompatibilidad, referibles no sólo del mismo “puesto” de trabajo sino de la “profesión habitual”**, en actual trance de integrar próximamente en el ámbito de la incompatibilidad al “grupo profesional” de actividades relativas a la profesión que ejercía el interesado antes de producirse el hecho causante de la prestación. A estos supuestos de coincidencia, por tanto, resulta aplicable de principio la incompatibilidad que aquí nos ocupa.

Su motivación deriva en el carácter asistencial de la Seguridad Social frente a “situaciones de necesidad” (art. 41 CE) que, en definitiva, inspira la legislación ordinaria en la materia (arts. 1, 2, 38, 114 y 134 TRLGSS), y al suponer las prestaciones sustitución económica de las rentas salariales perdidas cuando -como en la IPT- así se relaciona, lo “que no consiente que (la prestación) se convierta en fuente de lucro para los ciudadanos protegidos en aras de la solidaridad colectiva” (TSJ Castilla y León, St. 31-1-95). Esto es, existe la conexión entre situación de necesidad y protección, que en la IPT se circunscribe a la profesión habitual y su grupo profesional, de suerte que si un trabajador declarado den IPT continúa o reanuda el desempeño normal de aquella profesión habitual puede entenderse que no existe situación protegida en los

anteditos términos (en el mismo sentido, arts. 12 y 31 Convenio OIT nº 128 y 58 del Convenio 102).

- C.- El siguiente plano de consideración en esta materia, es el relativo a la determinación del concepto de “profesión habitual” al momento de la incapacidad y, próximamente, el de su ampliación al “grupo profesional”, en cuanto que definitorio de lo que es o no compatible.

En cualquier caso, conviene volver a recordar la vigencia del contenido del artículo 2.1 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, que **impone a los pensionistas de invalidez, hoy de incapacidad permanente, la obligación de comunicar a la Entidad Gestora la realización de cualquier trabajo** por cuenta ajena o propia; su motivación se explicita en el artículo 1º del mismo Real Decreto, y consiste en que la Gestora pueda ejercer el control de las situaciones a los correspondientes efectos, recordarse -también- que su incumplimiento es infracción sancionable (art. 2.2 R.D. 1071/1984 y Ley 8/1988).

Con todo, son frecuentes los supuestos en que **dicha comunicación no se cumplimenta**, o que **su contenido sea ficticio** y no concordante con la efectiva realidad, implicando la necesidad de las pertinentes comprobaciones al respecto, entre la que figuran las que eventualmente desarrolle la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo que exige la consideración del concepto de “profesión habitual” a estos efectos, independientemente de la actuación que derive de aquella infracción.

La progresión en los conceptos de “profesión habitual”, “profesión que ejercía el interesado” o en el de “grupo profesional”, parece más una cuestión fáctica que jurídica, en la que el sentido común juega un importante papel. En todo caso, la jurisprudencia antes citada viene a identificar el **concepto de “profesión habitual” con la categoría que el trabajador ejercía como base de la incapacidad** declarada (no un concreto puesto de trabajo); el T.S. en Sentencia de 17-1-89 (Ar. 259) la entiende como “aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle”, con lo que alcanza a todos los puestos cuyas funciones correspondan a la categoría del trabajador al producirse la incapacidad, por lo que la compatibilidad que nos ocupa requeriría un cambio de categoría (no sólo de puesto), y así el TSJ de Asturias en Sentencia de 12-9-97 (A.L. 1834/97) indica que “la similitud de entre los requerimientos físicos para el ejercicio de la actividad de pintor y la de alicatador, incluso entre las características de las tareas a realizar en ambos casos, hace imposible afirmar que ambas tareas sean compatibles”, lo que supone que la similitud de “requerimientos físicos” en las actividades contrastadas, motiva la consideración de su incompatibilidad a estos efectos; el TSJ del País Vasco en su Sentencia de 21-4-98 (Rec. 3014/97) al afirmar que “para apreciar su incompatibilidad con el trabajo, no han de valorarse las tareas específicas ejecutadas, sino la profesión del beneficiario y en el presente caso continúa el demandado con la misma profesión que dio lugar al reconocimiento de la IPT”.

Otra cuestión será la de constatar y determinar la coincidencia o no de ambas profesiones, mediante antecedentes del INSS, actuación inspectora, o ambos medios. Al respecto, parece necesaria, en la actuación inspectora, la **comprobación directa del contenido funcional y operativo del trabajo compatibilizado** con la pensión, con mayor razón cuando no son infrecuentes las denominaciones ficticias, los cambios aparentes de profesión, el mero cambio de puesto que no lo supone de profesión, o prácticas de signo similar, con o sin invocación de nuevo contrato de trabajo o de lo estipulado en convenio colectivo que, a estos efectos, en sí mismo es irrelevante por las razones que se expusieron.

- D.- Si la Inspección de Trabajo y Seguridad Social actuante llegara a la conclusión de un concreto supuesto de incompatibilidad pensión IPT-trabajo, procede que lo **ponga en comunicación del Instituto Nacional de la Seguridad Social** (o del ISM o MATSS, en su caso), **mediante razonado informe** comprensivo, substancialmente, de las circunstancias fácticas funcionales del

trabajo examinado, de las motivaciones jurídicas concurrentes en el caso, y de cuantas otras circunstancias se estimen de interés para la Entidad Gestora; si tal Entidad hubiese solicitado la actuación inspectora, en el informe que emita la Inspección se cumplimentará, en lo posible, todos los puntos cuestionados en la solicitud.

Independientemente de cuanto antecede, **cabe la práctica de las Actas de infracción que correspondan** por incompatibilidad fraudulenta, y/o por omisión de la comunicación a la Entidad Gestora, sin perjuicio del **Acta de Liquidación que procediera si no se hubieren cumplimentado debidamente las obligaciones contributivas** con la Seguridad Social. A los efectos anteriores, se estima que la eventual alta del trabajador presentada ante TGSS, no sufre la obligación de comunicación a la Entidad Gestora del Real Decreto 1071/1984.

E.- A la postre, se pretende evitar las situaciones reales caracterizadas por la declaración y percibo de la pensión de IPT “que viene a compensar una pérdida definitiva de la capacidad para desempeñar una profesión determinada, y no existe nada que retribuir a cargo de las entidades gestoras cuando objetivamente no existe tal estado inhábil de capacidad en el beneficiario al venir desempeñando aquella actividad por la que se le abona una prestación de invalidez que la realidad demuestra innecesaria al no derivarse de una situación real de incapacidad laboral para una determinada profesión” (TSJ País Vasco, Stc. 19-11-96, fto. 3º), pasaje que cabe estimar ilustrativo de la problemática que nos ocupa.

A lo anterior, es posible añadir la consideración sobre el índice de incapacidades permanentes que, comparativamente, se registran en España, sin causas objetivas y generales que lo avalen; e, incluso, razones de política de empleo en relación a quienes encuentran dificultades de colocación. Lo cierto es que el legislador, mediante la Ley 24/1997, de anterior referencia, ha modificado la regulación de esta materia hacia criterios de mayor claridad y exigencia.

Consecuentemente, y en interpretación de la normativa vigente a la entrada en vigor de la citada Ley 24/1997, sin perjuicio y a resultas de futura normativa al respecto, se considera necesario unificar en el seno de la Inspección los criterios básicos en la materia referida, de otro lado en coherencia con los que mantiene el Instituto Nacional de la Seguridad Social como gestor público de las tan citadas pensiones. Tales criterios que derivan de los precedentes razonamientos, pueden condensarse de la forma siguiente:

1.- La percepción de pensiones por IPT y el ejercicio de actividades lucrativas con carácter habitual, es susceptible de incompatibilidad relativa, en atención al contraste entre la actividad del pensionista base de la declaración de incapacidad y la que trata de compatibilizarse.

2.- Como criterio general, cabe entender que concurre incompatibilidad entre el percibo de pensión por IPT y trabajo lucrativo, cuando exista similitud o coincidencia de actividades de entre las señaladas en el número 1 anterior, entendiéndose concurre incompatibilidad cuando ambas actividades corresponden a la misma profesión o concorra similitud de requerimientos físicos, en la misma o en distinta empresa.

3.- Es exigible y, por tanto, sancionable su incumplimiento, la comunicación por el pensionista a la Seguridad Social, sobre la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, en los términos del R.D. 1071/1984 y de la LISOS.

4.- Sin perjuicio de otras iniciativas que correspondan, la comprobación de situaciones de presunta incompatibilidad de las señaladas, se comunicará a la Seguridad Social (INSS) mediante razonado informe en la forma antes indicada.

Conforme:
EL DIRECTOR GENERAL
Fco. Javier Minondo Sanz

Madrid, 10 de Septiembre de 1998
LA SUBDIRECTORA GENERAL
Avelina Llordén Miñambres

C.T.:

CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE ACTUACIONES EN MATERIA DE ENCUADRAMIENTO EN RÉGIMENES DE SEGURIDAD SOCIAL, Y EN BONIFICACIONES DE CUOTAS

La vigilancia del cumplimiento de las normas sobre campo de aplicación y cotización en el sistema de Seguridad Social y, en su caso, la exigencia de responsabilidad derivada de sus incumplimientos, son funciones encomendadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su Ley Ordenadora y en la Ley General de la Seguridad Social. La constitución de la relación de Seguridad Social surge automáticamente desde que se dan los supuestos de inclusión en su campo de aplicación; además, la normativa impone obligaciones formales, en la inscripción de empresas, la afiliación, alta y baja de los sujetos protegidos, cuyo cumplimiento es exigible y motiva, de contrario, la responsabilidad derivada de la obligación de cotizar desde el comienzo de la prestación del trabajo.

Dichas obligaciones formales motivan el acto administrativo de inscripción y afiliación, alta y baja, con el correspondiente encuadramiento en el Régimen General o en los Especiales, que corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, debiéndose recordar, como ha puesto de relieve el TS, (sent. de 24/3/95, RA 8986), “que la integración del trabajador en el ámbito protector de la Seguridad Social se produce a través de un acto bidireccional que tiende, a la vez, a constituir el título de aseguramiento público y a legitimar la actuación recaudatoria del Ente Gestor o Servicio Común correspondiente”.

La dualidad de controles administrativos en esta materia (TGSS e Inspección), y la necesaria coordinación entre las funciones gestora e inspectora, aconsejan el establecimiento de criterios de actuación inspectora, en especial, cuando la Inspección entienda que un encuadramiento es incorrecto y éste no ha sido cuestionado por la Tesorería General de la Seguridad Social.

A su vez, el sistema de incentivos a la contratación indefinida, fundamentalmente mediante reducción en la cotización a la Seguridad Social, requiere la debida atención de la Inspección en evitación de la producción de fraudes por lo que, unido a las consultas formuladas por Inspecciones Provinciales, motiva su consideración en este documento.

Por ello, en uso de las facultades concedidas por los arts. 18.3.12 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se establecen los siguientes:

CRITERIOS

PRIMERO.- Medidas a adoptar ante incumplimientos de las obligaciones que afectan al alta y encuadramiento en Régimen aplicable.

La comprobación de falta de afiliación y/o de alta de un sujeto comprendido en el campo de aplicación del Sistema, motivará la emisión de comunicación para alta de oficio y, simultáneamente, la de acta de liquidación de cuotas por los descubiertos en la cotización que se hubieren producido, sin perjuicio de las actas de infracción que procedan.

El período liquidado en el acta, se iniciará desde el comienzo de la actividad o de la situación determinante de la inclusión en el Régimen de que se trate, si de los elementos de convicción de que haya dispuesto el funcionario inspector, debidamente reflejados en el Acta, le permiten su determinación o, en su defecto, desde la fecha constatada en las actuaciones originarias del acta; y finalizará al iniciarse el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas o en la fecha de cese de la obligación de cotización, salvo prescripción.

Los requisitos de las actas de liquidación para su presunción de certeza se abordaron en los CT 3/97, a los que nos remitimos. Se recuerda la necesidad de reflejar con el debido detalle, (Sent. TS 20/6/95, RA 5045), los hechos y circunstancias que apoyen la existencia de relación laboral o asimilada, la vinculación mercantil, o la naturaleza y carácter de la actividad o situación, analizando los elementos que definen a cada relación, todo ello luego conexionado con los incumplimientos de Seguridad Social que incidan en la deuda que se liquida. En definitiva, deben expresarse en el Acta “las razones que sirven de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto defensa del particular, que por omitirse las razones se verá privado, o al menos restringido en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurre contra el acto”, (Sent. TS 19/12/97, RA 8961 y las en ella citadas).

Ante la ausencia en la LGSS de concepto propio de trabajador por cuenta ajena o propia, ha de acudir a los acuñados en otros sectores normativos, como ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo al decir, “Nuestra legislación al regular la prestación de los servicios de una persona a otra concede una opción: el realizado por cuenta de otra (empresario) dentro del ámbito de su organización y dirección; o prestar un servicio por cuenta propia mediante el concierto de contratos civiles con otras personas. Mientras que la primera forma se regula en la Ley 8/88, de 10 de marzo, Estatuto de los Trabajadores; la segunda queda sometida a las normas del Código Civil o el Código de Comercio”, (Sent. TS 24/5/96, RA 4490), por lo que la cuestión se reconduce a comprobar previamente las condiciones y circunstancias de cada supuesto, como origen de fraudes económicos a la Seguridad Social. En la comprobación de fraudes mediante ficciones aparentes, con consecuencia en elusión de las obligaciones de cotización social, conviene tener en cuenta la aplicación de los principios que seguidamente se transcriben, extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

* La Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede valorar incidentalmente la naturaleza jurídica de la relación, no siendo necesaria la previa intervención de la jurisdicción social, (Sents. TS 23/5/91, RA 4197; 9/6/88, RA 4552; 3/10/97, RA 7207).

* El alta en el RETA no es cobertura suficiente cuando la modalidad del trabajo permite concluir que se trabaja por cuenta ajena, (Sent. 18/11/97, RA 8953), y lo mismo a la inversa.

* Los contratos son lo que se deduce de su propio y efectivo contenido obligacional y del conjunto de prestaciones y contraprestaciones que se desarrollan durante su vigencia, y no lo que las partes dicen que son, (Sent. TS 18/11/97, RA 8953).

* El desistimiento de demanda de despido no es, por sí sola, suficiente para demostrar la falta de relación laboral, (Sent. TS 23/5/91, RA 4197).

* Necesidad de aportar elementos para desvirtuar la presunción de laboralidad dimanante del art. 8.1 del ET, (Sent. 25/5/96, RA 4490).

Las actuaciones inspectoras pueden detectar fraudes a la protección social, mediante la inclusión en Régimen de Seguridad Social que no sea el procedente, buscando menor aportación económica al Sistema que la que corresponde.

Los supuestos pueden ser diversos, sin ánimo de agotarlos: en unos casos, se oculta la concurrencia de relación laboral, que produce alta en Régimen distinto del General; en otros, se cuestiona el carácter agrario, marítimo, o industrial de la actividad realizada o la situación determinante de la inclusión en un determinado Régimen. En tales supuestos suele concurrir la circunstancia añadida de que la inscripción, afiliación, alta y el encuadramiento, hayan sido aceptadas mediante acto de la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que obliga a deslindar aquellos supuestos en que el encuadramiento indebido puede imputarse a los sujetos obligados, de los causados sin la concurrencia de tales circunstancias.

Consecuentemente, cuando la Inspección compruebe que un sujeto está encuadrado en un Régimen de Seguridad Social improcedente por razón de su actividad o situación, se investigará si su declaración de solicitud de inscripción o alta a la Tesorería General contiene datos o manifestaciones de su actividad, requisitos o circunstancias determinantes del encuadramiento que no se correspondan con los reales constatados por la Inspección; u ocultado información que de haber sido conocida por dicha Tesorería General hubiera dado lugar a distinto acto de encuadramiento; o si habiendo variado tales circunstancias no lo hubiere declarado al Servicio Común, adoptándose a la finalización de las comprobaciones las siguientes medidas:

- A) Se extenderá Acta de Liquidación, si procede, cuando se produzca la mencionada falta de correspondencia entre la realidad comprobada y las declaraciones del sujeto obligado presentadas a la Tesorería General para la inscripción o alta en cuestión.

En tales supuestos, una jurisprudencia consolidada, propugna la compensación de los respectivos importes de las cuotas abonadas en Régimen indebido y las que correspondan, (Sent. del TS de 25/5/94, RA 4470), ya que, “siendo única la relación de cotización con la Seguridad Social, la correcta o incorrecta afiliación de un trabajador a un determinado Régimen de ésta es un episodio influyente sólo en la cuantía de la cotización debida, siendo procedente que la Tesorería General de la Seguridad Social reclame las diferencias de cotización debidas, pero no que se aduzca la existencia de una falta absoluta de cotización al Régimen idóneo, que se reclama en su totalidad, ni la exigencia formal de una solicitud de devolución por lo ya abonado, antes de acceder a una pretendida compensación, que resulta en buena técnica jurídica, desproporcionada e inaplicable”, doctrina que reconduce el supuesto liquidatorio a una diferencia de cuotas, cuando se produce coincidencia del sujeto obligado, de causa y de trabajadores afectados.

- B) Se abstendrá inicialmente de extender Acta cuando no se produzca la falta de correspondencia o la ocultación de información antes referida. En tales supuestos procede que se comunique a la Dirección Provincial de la Tesorería General tales circunstancias mediante informe, para que determine lo que proceda en orden al encuadramiento, quedando al resultado de tal decisión a los efectos liquidatorios que no alcanzarán a cuotas de períodos anteriores a la nueva decisión de encuadramiento en Régimen si se produjera.
- C) En ambos grupos de supuestos, se remitirá comunicación a la Dirección Provincial de la Tesorería General para su conocimiento y, en su caso, para que promueva de oficio la afiliación y/o alta y el encuadramiento que correspondan. La comunicación deberá contener la información suficiente sobre los hechos constatados con trascendencia, a criterio de la Inspección, en el encuadramiento que corresponda.

SEGUNDO.- Modificaciones normativas con repercusión en el encuadramiento.

Existen supuestos de encuadramiento con distinto tratamiento normativo en el tiempo, lo que obliga a contemplar criterios de temporalidad en su aplicación, como son:

a) Personas prestadoras de la actividad o servicio de transporte:

La Ley 11/1994, de 19 de mayo, incorporada al TRLET, excluyó la laboralidad de la relación entre los transportistas con vehículo propio y las empresas para las que realizan sus servicios, en determinadas condiciones. A partir de 12-6-94, procede la inclusión en el RETA de las personas comprendidas en el supuesto del art. 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores, expresamente excluido de su ámbito, aún cuando la relación jurídica de vinculación fuera preexistente a dicha fecha, y de su calificación como laboral por las partes o mediante sentencia firme, (Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 23-4-96 I. y D. 1/96 C-43 pág. 391).

De comprobarse encuadramiento indebido en el Régimen General a partir de tal fecha se iniciará el correspondiente procedimiento. En base a dicha Resolución, siendo válidas las cotizaciones efectuadas en el Régimen anterior, en el que el trabajador se encontraba indebidamente en alta, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 60.2 del R.D. 84/1996, no procederá devolución de cuotas ni exigencia de reintegro de prestaciones correspondientes a dicho Régimen. Por lógica ha de deducirse que sólo procederán diferencias de cuotas de ser las ingresadas por el Régimen en que estaba encuadrado inferiores a las correspondientes al RETA, aunque el sujeto responsable resulte distinto (trabajador autónomo en lugar de empresario).

b) Miembros de órgano de administración de sociedades mercantiles capitalistas o quienes posean un control efectivo de la sociedad:

A partir de 1/1/98 las normas de encuadramiento en el RETA son recogidas en la Disposición Adicional vigésima séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social introducida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. A efectos de cotización, ha de considerarse su apartado 3 en el sentido de que se considerarán debidas las altas habidas y las cotizaciones ingresadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social con anterioridad a 1/1/98, incluidas las cotizaciones por los conceptos de recaudación conjunta, respecto de los trabajadores a que se refiere su apartado 1.

A tenor de dicho apartado 3, segundo párrafo, los cambios de encuadramiento que procedan tendrán efectos desde 1/1/98, disponiendo los interesados de un plazo de un año para las comunicaciones necesarias a la Administración al objeto de regularizar su situación, por lo que las actuaciones dirigidas a iniciación de procedimientos de encuadramiento y posibles liquidaciones, en relación exclusivamente a dicho ámbito, no proceden hasta transcurrido el citado plazo anual.

c) Miembros de los órganos de administración de las Sociedades Laborales:

Por lo que respecta a supuestos del epígrafe, el artículo 21 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, establece que “Todos los socios trabajadores de las sociedades laborales estarán afiliados al Régimen General o a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, incluidos los miembros de los órganos de administración, tengan o no competencias directivas”.

TERCERO.- Bonificación en las cuotas de la Seguridad Social

En el Real Decreto-Ley 9/1997, de 16 de mayo, sustituido por la Ley 64/1997, las bonificaciones de cotización a la Seguridad Social son aplicables directamente por el responsable del pago al efectuar las liquidaciones periódicas, sin procedimiento ni acto de concesión, lo que exige la atención de la Inspección para el control de su aplicación en los términos que se establecen en el punto quinto del “Criterio Técnico 12/97”.

El INEM en sus Criterios de interpretación de 220-5-97, entiende que al tratarse de una bonificación de cuotas sin resolución de dicho Organismo, no le compete la exigencia de su devolución. En consecuencia, nos encontramos ante diferencias de cotización a la Seguridad Social, exigibles de conformidad con la LGSS y con los artículos 80 y 84 del Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, mediante reclamación de la Tesorería General de la Seguridad Social o por acta de liquidación practicada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, según que las diferencias de cuotas resulten o no directamente de los documentos de cotización.

Significa todo ello, ante bonificaciones improcedentes, que nos encontramos ante supuestos en que se produce un menoscabo económico a la Seguridad Social, en forma de reducción del importe de las cuotas que le son debidas, cuyo origen causal reside en la utilización previa de ficción simuladora en la contratación laboral, consecuente a la relación necesaria entre contratación y bonificación de cuotas, con lo que hemos de situarnos -también aquí- ante otro bloque de supuestos de utilización de

fraudes en la esfera laboral con la finalidad de defraudar económicamente al Sistema de la Seguridad Social.

En efecto, la Ley 64/1997 fundamenta los incentivos de Seguridad Social en la contratación laboral indefinida (inicial o por transformación), y en la concurrencia en ésta de determinados requisitos. La finalidad confesada de la mencionada Ley es la de disminuir las altas tasas de paro y de precarización del empleo en la línea del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo, entendiéndose dicho fin como el criterio rector de la acción inspectora en esta materia. En el mismo sentido, se promulga la Ley 63/1997, también de 26 de diciembre, con nueva regulación de los contratos formativos e intensificación de la causalidad en los temporales del artículo 15.1 del ET, que enlaza con la antedicha Ley 64/1997.

En el examen, como cuestión incidental previa, de las contrataciones laborales que se analizan en cuanto que fundamento para la práctica de bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social, caben distintos bloques de supuestos que seguidamente se intentan resumir:

- a) La carencia de requisitos para la procedencia de la bonificación puede deducirse, en algunos casos, de la propia documentación sin necesidad de mayor análisis; tales pudieren ser los supuestos de incumplimiento de los requisitos de los artículos 1 y 2 de la Ley 64/1997 (tiempo parcial, condiciones de edad, de tiempo de inscripción en el INEM, del momento de la transformación, etc.), del artículo 3 (aplicación de tipo incorrecto en la deducción de cuotas), del artículo 4 (supuestos excluidos), del artículo 5 (carencia de requisitos).

En tales supuestos, la reclamación de la deuda originada por la bonificación indebida puede formularse por la TGSS y, si no se hubiera formulado, por acta de liquidación de la Inspección, ello sin perjuicio de que el INEM pueda aportar antecedentes e instar la actuación de una u otra instancia.

- b) En otros supuestos, el fraude económico a la Seguridad Social, mediante la aplicación de bonificaciones indebidas, puede tener su origen en simulaciones o ficciones en el ámbito previo de la contratación laboral. Al respecto, recordar que la temporalidad permitida en el artículo 15.1 ET tiene fundamentación causal, por lo que la falta de causa los constituye en relación laboral indefinida (TS: Stc. 22-12-95, AR 9492; Stc. 11-3-97, AR 2312; 19-2-96, AR 1302, y otras), concepto también ampliable a los contratos formativos.

Conviene recordar que la Ley 63/1997 ha perfeccionado la definición de los supuestos causales de la temporalidad, y remite su determinación a la convención colectiva en determinadas condiciones, con las salvedades marcadas por la jurisprudencia cuando sea parte una Administración.

- c) Otro bloque de supuestos con cierta identidad propia viene a ser el de los contratos temporales sucesivos, supuestos en los que se ha advertido modificación de los criterios jurisprudenciales, antes fundamentados en que el examen debía limitarse al último de los contratos (por todas, TS Stc. 24-6-96).

Al respecto es importante la Stc. 20-2-97 que marca la tendencia al examen de la serie sucesiva de contratos, máxime cuando supongan innovaciones aparentes con nuevos contratos temporales; posteriormente, la STS de 29-5-97 (AR 4473) establece, como resumen de la posición jurisprudencial, que deben ser examinados todos los contratos sucesivos, salvo que entre ellos exista interrupción superior al plazo de caducidad; criterio que se amplía por la STS de unificación de 29-5-97 (AR 4471) a toda la serie contractual, sin atender a la duración de la interrupción, cuando se acrediten actuación empresarial en fraude de ley y unidad esencial del vínculo laboral.

- A los efectos que aquí nos ocupan, interesan los fraudes referidos en los anteriores apartados b) y c), en la medida que por su posterior transformación en indefinidos con disfrute de los beneficios de la

Ley 24/1997 pudieran entrañar indebido menoscabo económico a la Seguridad Social, si los precedentes contratos temporales hubieren operado en fraude de ley, por cuanto (artículo 15.3 ET) el carácter indefinido de la relación no se habría alcanzado -en tal supuesto- por razón de la pretendida transformación moratoria.

Evidentemente, en los supuestos precedentes (a, b y c) detectados por actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, procederá a la práctica de Acta de Liquidación, con carácter general; pero nada se opone a que pueda formalizarse requerimiento de pago (art. 31 LGSS y art. 35 Reglamento General de 14-5-98), con los requisitos y efectos establecidos. Del mismo modo, la infracción producida en tal materia corresponderá a las relativas a la materia de cotización a la Seguridad Social si se practicase acta por los mismos hechos y causas.

Madrid, 7 de julio de 1998
LA SUBDIRECTORA GENERAL
P.A. EL JEFE DEL ÁREA TÉCNICA DE INSPECCIÓN

Carlos Navarro López

Conforme:
EL DIRECTOR GENERAL

Fco. Javier Minondo Sanz

CRITERIOS TÉCNICOS SOBRE GRUPOS DE COTIZACIÓN DE CATEGORÍAS PROFESIONALES. REFERENCIA AL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 110 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El análisis sobre las retribuciones que integran la base de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social de nuestros Criterios Técnicos 2 y 13/97 no sería completo de pasar por alto el proceso de aproximación de las bases de cotización por contingencias comunes de los diferentes grupos a la cuantía del tope máximo previsto en el art. 110 de la Ley General de la Seguridad Social, iniciado en el ejercicio de 1997 y que culminará en el año 2002, Disposición Transitoria Decimoquinta de la LGSS, introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social y su repercusión cuantitativa sobre la obligación de cotizar.

La necesidad de vigilar que tal reforma no quede desvirtuada, aconseja el establecimiento de criterios técnicos y operativos comunes a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que pongan de relieve la incidencia experimentada en la obligación de cotizar por el proceso de acercamiento de los 11 grupos de cotización a la cuantía máxima absoluta; faciliten la detección de posibles prácticas defraudatorias en la cotización por grupos de categorías profesionales y deslinden tales actuaciones de las originadas por expedientes de asimilación de categorías profesionales a grupos de cotización.

Por ello, en uso de las facultades concedidas por los arts. 18.3.12 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se establecen los siguientes:

CRITERIOS

PRIMERO.- Bases máximas de cotización por categorías profesionales.

Conviene poner de relieve, por su incidencia cuantitativa sobre la obligación de cotización, el proceso de destopaje de los distintos grupos de cotización, recordando que las cuantías de las bases máximas de cotización de los grupos I a IV, ambos inclusive, establecidas cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, han sido las siguientes:

1.993	1.994	1.995	1.996	1.997	1.998
338.130	349.950	362.190	374.880	384.630	392.700

Las cuantías de las bases máximas de cotización de los grupos V al XI, ambos inclusive, han sido las siguientes:

1.993	1.994	1.995	1.996	1.997		1.998
				1/1 a 31/3	1/4 a 31/12	
252.000 c/mes	260.820	269.940	279.390	286.650	300.660	322.230
8.400 c/día	8.694	8.998	9.313	9.555	10.022	10.741

Consecuencia de lo anterior es que los límites máximos de las bases de cotización por categorías profesionales sólo afectan a los trabajadores comprendidos en los grupos V a XI, durante un período transitorio que finalizará en el año 2002. En los grupos I a IV, la base de cotización determinada por la remuneración total, sólo estará limitada por la cuantía máxima absoluta de cotización, de ahí que, cuando los grupos de tarifa aplicados sean del I al IV, no tengan trascendencia práctica las cuestiones relativas a la asimilación de categorías profesionales a los grupos de cotización, mientras que, cuando

sean del V al XI, puedan generarse bolsas de fraude si la categoría o la asimilación es incorrecta.

Sobre la adecuación del criterio elegido por el ordenamiento de Seguridad Social para delimitar la base de cotización en función de la clasificación profesional el TC, en sent. nº 70/1991, de 8 de abril (BOE 14-5-91), ha mantenido su constitucionalidad, por razones de la evolución histórica y de la lógica financiera del sistema de Seguridad Social, excluyendo que el mencionado criterio diferenciador genere discriminación, también que, “aparece objetivamente justificado y no puede reputarse ni arbitrario ni irrazonable”.

SEGUNDO. Criterios normativos.

Es significativo que en el origen de la asimilación, a efectos de cotización, a los grupos recogidos en el Decreto 56/63, de 17 de enero, de las categorías de las diversas reglamentaciones de trabajo, se aluda a la necesidad de ejercitar una imprescindible labor de tutela para la efectividad de las prestaciones del Régimen de Seguridad Social, dada la estrecha conexión del mismo a los salarios, tanto desde la perspectiva de las fuentes de financiación como de las prestaciones, lo que lógicamente también ha presidido el devenir de la actuación inspectora.

La aplicación de las bases correspondientes a los grupos fijados en dicha norma no queda supeditada a la asimilación que debe efectuar el Ministerio de Trabajo, de oficio a instancia de parte, sino que debe ser realizada de forma inmediata por la propia empresa, sin perjuicio, en su caso, de la consulta pertinente.

La Orden de 25 de junio de 1963, para mantener la mayor unidad de criterio entre las empresas de una misma actividad en un aspecto de tanta trascendencia social, recoge en su Anexo una lista muy detallada de asimilación de categorías profesionales, a la que han sucedido, a lo largo de los años, una serie de resoluciones complementarias. La Tesorería General de la Seguridad Social ha publicado Catálogos actualizados de todas las asimilaciones, (edición cerrada en Marzo 1992).

Con posterioridad a marzo de 1992 se han dictado diversas resoluciones para empresas (Avis S.A., Ayuntamiento de León) y sectores (Banca Privada, Grandes Almacenes). En “Información y Documentación para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” se recogen las siguientes:

- Iberia L.A.E.: Nuevas categorías de Administrativos, Técnicos de mantenimiento de equipos de tierra y Servicios auxiliares. (núm. 1/1994, página 270).
- Registros de la Propiedad y Mercantiles. Oficiales. (núm. 2/1994, página 355).
- Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Alicante. Oficial manipulante y Estibador. (núm. 1/1996, página 180).

Criterio constante es, que existen actividades y categorías cuya adscripción a un grupo tiene un tratamiento específico en todas las empresas, así en los:

- Grupo 1, Ingenieros y Licenciados: Trabajos para los que se precisa título superior. No quiere decir que simplemente se posea el título superior, sino que su contrato esté en función de la titulación superior.
- Grupo 2, Ingenieros técnicos, peritos y ayudantes titulados: Trabajos para los que se precisa título de grado medio, en el mismo sentido que antes hemos expuesto.
- Grupo 3, Trabajadores menores de 18 años, cualquiera que sea su categoría profesional.

El personal de alta dirección no incluido en el art. 1.3.c del Estatuto de los Trabajadores estará

adscrito al grupo 1 de cotización. El mencionado precepto del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes al cargo.

En consecuencia, están adscritos al grupo 1, los que tengan un contrato de personal de alta dirección del art. 2.1.a del Estatuto de los Trabajadores y R.D. 1382/1985. Bajo las diversas denominaciones que se dan a los altos cargos, el funcionario de Inspección actuante debe delimitar solamente como alta dirección a aquellos que, según el art. 1.2 del mencionado R.D. ejerciten poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad empresarial.

TERCERO.- Resultado de las actuaciones inspectoras.

En las comprobaciones inspectoras sobre cotización, en supuestos de bases topadas por la máxima asignada a los grupos de tarifa V al XI, ambos inclusive, se deberá investigar si la categoría o grupo profesional se corresponde o no con los trabajos o funciones realizadas por el trabajador y su adecuación al grupo de cotización establecido en las normas analizadas en el número precedente de estos criterios. De constatarse incumplimientos, ya sea por incorrecta asignación de la categoría o grupo profesional o por aplicación de un grupo de cotización distinto al que corresponde a la categoría del trabajador correctamente asignada, se extenderán las Actas de infracción y liquidación que procedan.

En los supuestos de nuevas categorías profesionales, se iniciará de oficio expediente de asimilación de categorías profesionales.

CUARTO.- Expedientes de asimilación de categorías profesionales.

La norma reglamentaria sobre asimilación de categorías profesionales, art. 26 del RD 2064/1995, Reglamento General de Cotización, en términos similares al precedente art. 36 de la Orden de 28/12/66, contempla dos actuaciones diferenciadas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en estos expedientes:

- a) De informe, a solicitud de la Tesorería General de la Seguridad Social, en los expedientes de asimilación de las distintas personas comprendidas en el campo de aplicación del Régimen General no incluidas en las correspondientes categorías de los convenios colectivos, o de las nuevas que puedan crearse a través de dicha negociación colectiva.
- b) De oficio, proponiendo la asimilación de aquellas categorías profesionales que no hubieren sido objeto de asimilación en la forma prevista en el apartado anterior.

A diferencia de las actuaciones inspectoras antes examinadas, en desarrollo de los cometidos el apartado 1.3.1 del art. 3 de la Ley 42/1997, las contempladas en este número se circunscriben dentro del apartado 2.2 del mencionado precepto, por lo que dada la naturaleza de estos expedientes, el informe, a solicitud de la Tesorería General, o la comunicación de propuesta de asimilación, deberán ser emitidos por un Inspector de Trabajo y Seguridad Social después de una investigación sobre las circunstancias concurrentes. Dentro de la conveniente concisión, deberá contener los siguientes aspectos:

- Descripción de todas las funciones que realiza el trabajador (o el colectivo) afectado, con indicación de las que resultan más esenciales y frecuentes.
- Grado de formación y de experiencia práctica que se precisa para el desempeño de las

mismas.

- Nivel de responsabilidades en el proceso productivo, y de un modo más concreto quién supervisa sus funciones o productos, y a quienes controla o tiene bajo su mando.
- Criterio del funcionario actuante sobre el grupo más adecuado que procede aplicar y los motivos en los que lo funda.

De un modo orientativo, se dan las siguientes pautas:

Cuando sólo se realicen tareas de simple esfuerzo físico muscular, sin ningún grado de cualificación, se incluirán en el grupo 10, peones. El grupo 6, subalternos, incluirá trabajos sin especialización, de mera presencia, vigilancia o actividades elementales, casos de los porteros, conserjes, vigilantes no cualificados y similares.

A veces, por la variedad de funciones y la ambigüedad de las definiciones, es difícil determinar los verdaderos límites entre los grupos 4 (ayudantes no titulados) y 5 (oficiales administrativos) y entre los grupos 8 (oficiales de 1ª y 2ª) y 9 (oficiales de 3ª y especialistas). Menos problemática suele ser la adscripción al grupo 3 (Jefes administrativos y de taller) ya que para el mismo, en líneas generales, se requiere un alto nivel de mando y de autonomía organizativa de su sección, aunque no tengan titulación superior ni media. No obstante, insistimos, el funcionario de Inspección actuante debe matizar los contenidos que están detrás de las denominaciones, pues por ejemplo en el sector de siderometalurgia el denominado “encargado” está en el grupo 5, y los “encargados generales” en el grupo 4.

Madrid, 6 de Abril de 1998
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Avelina Llordén Miñambres

Conforme
EL DIRECTOR GENERAL

F. Javier Minondo Sanz

SRES. JEFES DE LAS INSPECCIONES PROVINCIALES DE TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL

**CRITERIOS TÉCNICOS SOBRE COTIZACIÓN ADICIONAL POR HORAS
EXTRAORDINARIAS QUE CONTEMPLA EL ARTÍCULO 111 DE LA LEY GENERAL DE
LA SEGURIDAD SOCIAL TRAS LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL
MISMO POR LA LEY DE ACOMPAÑAMIENTO PARA 1997 Y LAS DERIVADAS DE LA
LEY DE PRSUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 1998**

En nuestros Criterios Técnicos 13/97, sobre base de cotización a la Seguridad Social en el Régimen General tras el desarrollo reglamentario del núm. 2 del artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social, se hacía referencia a que la cotización por horas extraordinarias no había experimentado novedad en la redacción que la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social introdujo en tal precepto, considerando asimismo que su cotización adicional era materia sobradamente conocida por los miembros de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

No obstante, la información sobre algunas actuaciones inspectoras pone de manifiesto la necesidad de abordar la cuestión y unificar los criterios inspectores, recogiendo en los presentes, cuestiones que se derivan de la citada cotización adicional, artículo 111 de la LGSS y demás disposiciones de desarrollo y complementarias, en especial tras la modificación introducida por el artículo 89 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre.

A tal finalidad, se establecen criterios en relación con la cotización procedente por horas extraordinarias de períodos anteriores al 31/12/1997, por efecto de la modificación que la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, introdujo en el artículo 111 LGSS, y su incidencia en las cotizaciones en 1997; y por causa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con evidente repercusión en las cotizaciones por tal concepto anteriores al 31/12/1996.

Consecuentemente, se indica lo siguiente:

PRIMERO.- Horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor.

La concurrencia de fuerza mayor opera respecto a su cotización adicional con el tipo del 14 por 100, cualquiera que sea el período a que se contrae la comprobación.

Según el artículo 35.3 del ET, son horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes. Su apreciación exige la consideración de una serie de requisitos suficientes, bien definidos por el ordenamiento, tales como:

- La inimputabilidad, esto es, que el hecho que genera la fuerza mayor sea independiente de la voluntad del empresario (ausencia de culpa y presencia de una diligencia normal en el comportamiento del empresario).
- La imprevisibilidad (artículo 1105 CC) que según la doctrina civilista ha de interpretarse normalmente y según las circunstancias (concepto relativo o noción variable).
- Inevitabilidad en caso de que el hecho fuese previsible (artículo 1105 CC). Lo inevitable es también concepto relativo y que debe interpretarse desde posiciones de razonabilidad y del orden corriente de las cosas.

En este sentido civilístico del concepto de fuerza mayor, la sent. TS, Sala 1ª de 18/11/1980, ref. 4143 (siguiendo otras de la misma Sala) lo define como “un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos” y que se refiere a “aquellos hechos totalmente insólitos y extraordinarios que

aunque no imposibles físicamente, y por lo tanto previsibles en teoría, no son de los que pueda calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar”.

La apreciación de la fuerza mayor como hecho que condiciona dicho tipo de cotización, es una cuestión referida a cada caso concreto, lo que no impide, establecer algunas pautas orientativas. Así se aprecia en las motivadas para prevenir o reparar un riesgo grave para las personas, ya sean trabajadores de la propia empresa, de una tercera vinculada por un contrato de reparación, suministro, etc., o terceros ajenos a la relación laboral; para prevenir o reparar siniestro o daños motivados por causas extraordinarias urgentes (del tipo casuístico del artículo 76.6 de la derogada Ley de Contrato de Trabajo “incendio, inundación, terremoto, plaga del campo, guerra, tumulto o sedición”). Por el contrario, no estarían comprendidas en tal concepto, las motivadas para prevenir o reparar averías urgentes o que no deban ser demoradas, no motivadas por las causas antes referidas y sin riesgo grave para las personas, puesto que en definitiva nos encontramos ante averías más o menos normales y en mayor o menor medida previsibles, que corresponden al concepto de horas extraordinarias estructurales.

SEGUNDO.- Horas extraordinarias estructurales.

El régimen de cotización de las horas extraordinarias consideradas estructurales, contenido en el artículo 7 del RD 92/1983, de 19 de enero, y la Orden de 1/3/1983, no establece un número máximo de horas extraordinarias estructurales que pueden ser realizadas, como mantenían anteriormente los Centros Directivos del Departamento vinculando el tipo de cotización aplicable a las horas extraordinarias estructurales con el tope máximo legal del art. 35.2 del ET, de forma que superadas las 80 horas, la cotización debía efectuarse al tipo ordinario del 28,8 por 100 (vigente entonces), aunque reuniesen los requisitos de fondo y de forma para ser calificadas como estructurales según la Orden mencionada.

El Tribunal Supremo alteró dicho criterio. Así, en Sentencia de su Sala 3ª Contencioso-Administrativo de 24/5/1990, ref.a. 10473 anula un acta de liquidación por diferencias derivadas del tema que comentamos, “porque el dato de rebasar un límite, que normalmente se establece para las horas extraordinarias normales, no desnaturaliza su condición, cualquiera que fuera su número, salvo la sanción que pueda corresponder, y como en la norma específica que regula su liquidación a los efectos de la Seguridad Social no se hace distinción alguna, no es admisible legalmente que se haga...”. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del mismo Tribunal, de 26/7/96; 5/11/96 ref. 8270; 17/12/96 ref.a. 9764; 28/1/97 ref.a. 446; 18/2/97 ref.a. 1103 y 22/4/97 ref.a. 3183.

Las sentencias de 24/5/90 y 18/10/96 salvan la posibilidad de sanción de rebasarse un límite que normalmente se establece para las horas extraordinarias normales, aspecto no tratado en las restantes reseñadas; del conjunto jurisprudencial viene a desprenderse la inexistencia de límite cuantitativo para calificar las horas extraordinarias como estructurales a efectos de su cotización y liquidación, lo que provoca sus naturales efectos en los criterios de actuación inspectora.

A partir del 1/1/1997, dicho criterio jurisprudencial no resulta de aplicación como consecuencia de lo establecido en el art. 98 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que añadió un nuevo párrafo al art. 111 de la Ley General de la Seguridad Social, según el cual la cotización adicional por horas extraordinarias estructurales que superen el tope de 80 horas del art. 35.2 del ET se efectuará al tipo general de cotización establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que a partir de tal fecha debe modificarse en tal sentido los anteriores y diferentes criterios, aplicando el determinado legalmente.

En conclusión, considerando tales antecedentes, las horas extraordinarias estructurales que correspondan a períodos anteriores al 31/12/1996, que reúnan los requisitos de fondo y forma para ser calificadas como tales, están sujetas a cotización al tipo del 14 por 100 (12 por 100 la empresa, 2 por 100 el trabajador) aunque rebasen el límite del art. 35.2 del ET. Las horas extraordinarias calificadas

como estructurales durante el año 1997, que no rebasen el tope legal de 80 horas del art. 35.2 del ET, estarán sujetas a cotización al tipo del 14 por 100. Las horas extraordinarias no susceptibles de calificación como estructurales y todas las realizadas durante 1997 en exceso del tope citado, estarán sujetas a cotización al tipo del 28,3 por 100, o el vigente para horas extraordinarias en el período al que correspondan.

Conviene, por último, recordar siguiendo lo ya resuelto por la Dirección General de Trabajo que los criterios determinantes para calificar como estructurales las horas extraordinarias pueden resumirse en la siguiente forma:

- a) Necesidad de definición en convenio colectivo. Sólo son estructurales las horas que como tales se hayan pactado en convenio colectivo, de forma que las no pactadas en convenio no serán nunca estructurales, aún cuando respondan a las causas previstas en la Ley.
- b) Necesidad de que las horas estructurales respondan a determinadas causas: pedidos urgentes y extraordinarios, períodos punta de producción, ausencias imprevistas de trabajadores, cambios de turno u otras causas de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad de que se trate.
- c) En relación a su régimen de cotización, para las anteriores al 31/12/97. Su acreditación mediante correspondiente acuerdo de los representantes del personal y la dirección de la empresa, con informe mensual, requisito que no puede ser interpretado de forma que deje en manos de los trabajadores la posibilidad de aplicación del tipo reducido de cotización, TS Sala 3ª en sent. de fecha 25/6/1996 ref.a. 1743; remisión mensual a la Autoridad Laboral y la oportuna constatación en los boletines de cotización.

TERCERO.- Actuaciones a realizar.

Cuando los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social constaten que la cotización de las horas extraordinarias no se ajustan a las conclusiones antes recogidas, practicarán las Actas que procedan, salvo que existan dudas razonables sobre la corrección de la calificación de las horas realizadas, remitiéndonos a lo ya dicho en nuestros CT 2/97 en relación con las horas de presencia y la falta de aplicación de la regulación laboral sobre horas extraordinarias al personal con relación administrativa o estatutaria.

Madrid, 12 de Marzo de 1998
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Avelina Llordén Miñambres

Conforme:
EL DIRECTOR GENERAL

Fco. Javier Minondo Sanz

SRES. JEFES DE LAS INSPECCIONES PROVINCIALES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

CRITERIOS TÉCNICOS SOBRE BASE DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL TRAS EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL Nº 2 DEL ARTÍCULO 109 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La nueva redacción que la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ha dado al nº 2 del art. 109 de la Ley General de la Seguridad Social, encomienda a desarrollo reglamentario la determinación de las cuantías, alcance y términos de los conceptos en principio excluidos de cotización a que se refieren los apartados a), c), d) y f) de dicho número y artículo, aconsejando en lo posible una regulación homogénea con el ordenamiento tributario.

En cumplimiento de dicho mandato, el artículo segundo del R.D. 1426/1997, de 15 de septiembre, (BOE del 30. Corrección de errores BOE 25/10/97), da nueva redacción al art. 23, relativo a la base de cotización, del Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, R.D. 2064/1995, de 22 de diciembre (RGC).

Es evidente la importancia práctica de esta norma en la actuación diaria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya incidencia de futuro ya fue puesta de manifiesto en los CT 2/97, sobre base de cotización a la Seguridad Social, que resumían los criterios jurisprudenciales y administrativos sobre la materia antes del reciente desarrollo reglamentario, y anunciaba la necesidad de un nuevo análisis de la misma a la luz de la nueva norma.

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS

A) Verdadera naturaleza de los diversos conceptos retributivos.

Es patente que el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, al examinar los conceptos económicos que se pretenden excluir de cotización, ha de constatar su verdadera naturaleza a efectos de su correcta calificación, no bastando su mera denominación, como “plus extrasalarial”, “plus no cotizable”, “compensación por gastos” u otras, si realmente encubren conceptos cotizables; o el cambio ficticio de la denominación del concepto para enmascarar su real naturaleza; como sucede a veces con “plus de productividad” o “plus de plena dedicación” que en realidad encubren la realización de horas extraordinarias. Así, la sentencia del TS de 11/4/97 RA 2856, confirma un acta de liquidación de cuotas por diferencias, porque la empresa había excluido de la base unas pretendidas dietas y gastos de locomoción que resultaron ser en realidad abonos encubiertos de horas extraordinarias.

B) Autonomía del ordenamiento de la Seguridad Social.

Todavía son frecuentes Convenios Colectivos que establecen percepciones denominadas extrasalariales con el carácter de no cotizables, cuando una sólida jurisprudencia del Tribunal Supremo (ss, entre otras, 2/11/89 RA 7791; 24/4, 18/5, 2/7, 1 y 18/10 y 21/12 de 1990, RA 3140; 3750; 5805; 7418; 9614 y 9885; 30/10/91 RA 7828; 4/5/92 RA 3668; 11/10 y 22/12 de 1994 RA 7437; 10144), considera la regulación de la Seguridad Social como un ordenamiento completo y cerrado en sí mismo, y no un mero apéndice del de las relaciones laborales, lo que impide regular por convenio colectivo el ámbito mínimo y obligatorio de la Seguridad Social pública, salvo en su sistema de mejoras, por tratarse de materia de “ius cogens”, y, por tanto, indisponible para la voluntad de las partes.

C) Entrada en vigor de la norma reglamentaria.

La Disposición Final Única del RD 1234/1997 dispone que lo establecido en el apartado 2 su artículo segundo, esto es, la nueva redacción del art. 23 del RGC, será aplicable para la determinación

de la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social correspondiente al mes de octubre de 1997; por tanto, las diferencias de cotización que se detecten por incumplimiento de sus mandatos sólo podrán referirse a remuneraciones percibidas, en dinero o en especie, con posterioridad a septiembre de 1997. Cuando sean de pago único o de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año, liquidándose las diferencias por la parte proporcional mensual a partir de su entrada en vigor.

SEGUNDO.- PERCEPCIONES ECONÓMICAS, EN DINERO O EN ESPECIE, QUE INTEGRAN LA BASE DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL, ART. 23.1 RGC

La base de cotización a la Seguridad Social en el Régimen General según la definición del número 1 del art. 109 de la LGSS y del art. 23.1 del RGC, “estará constituida por la remuneración total cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena”.

Como recogíamos en los CT 2/97 la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sent. 24/4/90 RA 3140), al estudiar el precedente art. 73 de la LGSS de 1994, destacó la no utilización del término “salario”, sino el de “remuneración total”, lo que evidencia la intención abarcadora de la norma de cotización. También señalábamos que el precedente reglamentario reconducía el término “remuneración” al concepto de salario del art. 26.1 del ET. La nueva redacción del apartado A del art. 23.1 del RGC amplía el texto inicial incluyendo en la base de cotización los conceptos que resultan de lo dispuesto en su número 2, esto es, las cantidades que excedan los importes que el propio precepto señala para los conceptos en principio excluidos a que se refiere el número 2 del art. 109 LGSS, a la vez que define en los restantes párrafos del mismo apartado qué debe entenderse por percepciones en especie y su valoración con remisión expresa a los preceptos fiscales que regulan el IRPF, siguiendo la recomendación legal de homogeneidad de ambas regulaciones.

1º.- Percepciones en dinero.

En los CT 2/97 se mencionan algunas percepciones dinerarias cuya cotización, ha suscitado dudas. Al respecto son cotizables, entre otros: cantidad en metálico por manutención, la bolsa de vacaciones, las gratificaciones extraordinarias, el plus de cultura, el plus de disponibilidad, el plus funcional de inspección en las empresas de seguros y reaseguros, vacaciones no disfrutadas o días de descanso no disfrutados y, en general, cualquier entrega, periódica o no, de cantidad dineraria que no venga expresamente excluida en el número 2 del art. 109 LGSS y 23.2 RGC. Finalmente, recordar que las percepciones dinerarias de vencimiento superior al mensual o sin carácter periódico se prorratearán en los doce meses del año.

2º.- Percepciones en especie.

Las percepciones en especie son definidas en el art. 23.1.A del RGC en términos homogéneos a la norma fiscal, como “utilización, consumo u obtención para fines particulares de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal del mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien los conceda”, remitiéndose expresamente a la Ley¹⁴ y Reglamento¹⁵ del IRPF en la enumeración y valoración de las que tienen tal carácter. También las percepciones en especie de vencimiento superior al mensual o sin carácter periódico se prorratearán en los doce meses del año, con los matices que luego se señalan.

¹⁴ Ley 18/1991, de 6 de junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE del 7).

¹⁵ RD 1841/1991, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE del 31), en la redacción dada a su art. 5 por el RD 1100/1994, de 27 de mayo (BOE 28).

Posteriormente se analizan las retribuciones en especie a la luz de la nueva normativa, sin que sea ocioso reiterar que dado el carácter comprensivo del concepto “remuneración total” los expresados no agotan los supuestos, pudiendo existir otros no previstos en la norma fiscal que cumplan las condiciones que con carácter general se recogen en la definición anterior. Asimismo, en la determinación de la base de cotización no cabe desconocer la regulación de los conceptos excluidos de cotización en el art. 109.2 LGSS en especial en sus apartados a), c), d) y f) puesto que el exceso sobre las cantidades en él establecidas se incluyen en la misma, recordando también el carácter taxativo y limitativo de la excepción del apartado 2 del art. 109 LGSS y, por ende, del precepto de desarrollo reglamentario.

Por ello, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, el Subinspector deben constatar en cada caso, la realidad concurrente en la percepción en especie; su correspondencia con el supuesto especificado en la norma fiscal y su valoración y cuantía a efectos de justificación o no de ésta última; su carácter voluntario u obligatorio; si se trata o no de una mejora de la Seguridad Social o de una ayuda asistencial y, por último, si es un propio producto de la empresa, pues no todas las percepciones en especie sometidas a tributación fiscal integran la base de cotización, o no lo son en idéntica cuantía.

Supuestos especificados en la normativa fiscal y su valoración, arts. 26 y 27 L 18/1991 y 5 RR.DD. 1841/1991-1100/1994, a los que se remite el art. 23.1.A, párrafos segundo y tercero del RGC.

a) La utilización de vivienda por razón del cargo o por la condición de empleado público o privado. Se valora de la siguiente manera:

- Si es arrendada por la empresa: por la cuantía del alquiler satisfecho.
- Si no es arrendada: por el 2 por ciento del valor catastral del inmueble (1,1 por ciento si afectado por revisión catastral) aunque este importe tendrá como límite máximo el 10 por ciento de las restantes rentas de trabajo personal que perciba el trabajador por su cargo o empleo.
- En los restantes bienes urbanos (referidos a vivienda): por el 2 por ciento del valor catastral a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio.

b) La utilización o entrega de vehículos automóviles, para uso o fin particular, no cuando son exclusivamente desempeño del cargo o empleo. Si se tratara de un uso o fin mixto se apreciaría en la base de cotización, o sea en su valoración, por la proporción que se estime para los usos o fines particulares. Se valora de la siguiente manera:

- En el caso de entrega: por el coste de adquisición para el empleador, incluidos los tributos que graven la operación prorrateado a lo largo de los 12 meses del año.
- En los casos de uso: si es propiedad de la empresa, se valora anualmente por el 15 por ciento del valor de adquisición más tributos, la cifra resultante se prorrateará a lo largo de los 12 meses del año. Entendemos que si el uso no abarca todo el año, sólo se aplicarán estas reglas a la proporción del valor que corresponda, y por los meses de uso. Si no es propiedad del empleador, se valorará por el importe que abone la empresa para su utilización prorrateado a lo largo de los 12 meses del año si su abono es superior al mensual.
- Pero si después del uso hay posterior entrega, la valoración de esta última será a precio normal de mercado¹⁶, cotizándose en el año en que se realiza la entrega con la misma regla de prorrateo antes mencionada.

¹⁶ Valoración que puede extraerse de revistas especializadas, etc.

- c) **Los préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero.** Se valoran por la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el período (que actualmente es del 7,5 por ciento)¹⁷.
- d) **Las prestaciones en concepto de manutención, hospedaje, viajes de turismo y similares.** Se valoran por el coste para el empleador incluidos los tributos que graven la operación.

En cuanto a los gastos de manutención y hospedaje habrá de tenerse en cuenta el tratamiento específico sobre dietas y gastos de locomoción por desplazamientos a municipio distinto del lugar de trabajo que más adelante se analizan y las reglas especiales sobre retribuciones en especie a que se refieren el último párrafo letra g) del art. 26 de la Ley y 5 tres del Reglamento del IRPF.

En ningún caso tendrán la consideración de retribución en especie a efectos fiscales, ni estarán sujetas a cotización por ser asignaciones asistenciales del art. 23.2.F.b).2º del RGC las siguientes:

- La entrega de productos a precios rebajados en cantinas o comedores de empresas o economatos de carácter social, supuesto contemplado en el último párrafo g) art. 26 de la Ley del IRPF.
- Las fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor previstas en el desarrollo reglamentario de la Ley del Impuesto antes citada cuya cuantía no supere la cantidad que reglamentariamente se determine, ya sea mediante la entrega de vales comida o de documentos similares.

En ambos casos deberán concurrir los siguientes requisitos:

La cuantía de su valor no supere **900 pesetas diarias** por remisión expresa del art. 23.2.F.b).2º a la cantidad establecida en el ordenamiento tributario¹⁸. Se refiera solamente a días hábiles para el trabajador. No coincida con días en que el trabajador devengue dietas por manutención (o sea cuando hay desplazamientos con derecho a esas dietas). El exceso se integra en la base de cotización.

Y si se trata de vales comida o similares, además deberán ser numerados, nominativos, intransferibles, constar su cuantía y la empresa emisora, no reembolsables, y sólo utilizables en establecimientos de hostelería.

- e) **Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro u otro similar, salvo las de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil.** Se valoran por el coste para el empleador incluidos los tributos que gravan la operación y siempre que sean susceptibles de individualizarse.

Las pólizas suscritas por las empresas en virtud de contrato de seguro requieren la constatación inspectora de la naturaleza del riesgo cubierto en la póliza que, al igual que en la norma fiscal, no debe estar directamente vinculado con la actividad económica de la empresa, además, y esto es específico de Seguridad Social, de la prestación que puedan obtener los trabajadores beneficiarios, puesto que la

¹⁷ Disposición Adicional Undécima. Interés legal del dinero, apartado uno, de la Ley 12/1996 de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (BOE del 30). “De conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 24/1988, de 21 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, éste queda establecido en el 7,5 por ciento hasta el 31 de diciembre de 1997”.

¹⁸ Requisito que ha sido anulado por la sent. del TS de 3/7/96 RA 5841, con los siguientes argumentos: que el último párrafo del art. 26 de la Ley 18/1991 establece con carácter imperativo que las retribuciones expresadas no se considerarán retribuciones en especie; que los restantes requisitos desarrollados en el Reglamento impiden el desvío de esta percepción a una auténtica renta de trabajo; y, por último, y esto es importante, no analiza si dicho límite cuantitativo opera respecto a las fórmulas indirectas establecidas en el propio Reglamento. La nueva redacción del art. 26 antes mencionado realizada por el art. 1 de la Ley 13/1996, de 30 de junio, permite el futuro desarrollo reglamentario de la cuantificación del valor de dichas prestaciones.

inclusión o no de tal concepto en la base de cotización a la Seguridad Social depende de ambos requisitos¹⁹.

- Si se trata de primas de seguro cuya cobertura de riesgo coincida con la acción protectora del sistema de Seguridad Social y en el caso de producirse aquél, los trabajadores obtengan determinadas mejoras sobre las prestaciones de la Seguridad Social -prestaciones asistencia sanitaria, incapacidad temporal, viudedad, jubilación, etc.- se viene manteniendo que se trata de una mejora de la prestación de la Seguridad Social excluida de cotización comprendida en el aptdo. F.a) del art. 23.2 RGC, remitiéndonos a lo ya dicho en los CT 2/97 sobre suscripción de póliza con entidad médica, sin perjuicio de su tributación al IRPF. Un supuesto específico de mejora se da en los seguros de accidente laboral, que no se considera percepción en especie a efectos fiscales, por estar directamente vinculado con la actividad económica de la empresa.
 - Si se trata de primas de seguro cuya cobertura de riesgo no guarda relación o no cubierto por la acción protectora del sistema de Seguridad Social -daños en los bienes de los trabajadores, créditos, defensa jurídica, etc.- tiene la consideración de retribución en especie, siempre que no esté directamente vinculado con la actividad económica de la empresa y, por tanto, sujeta a cotización, prescindiendo en este momento del análisis sobre su carácter obligatorio voluntario o de que sea o no propio producto de la empresa. Un supuesto específico es el de seguro de responsabilidad civil que no tiene la consideración de percepción en especie a efectos fiscales ni está sujeto a cotización cuando la responsabilidad civil que cubre se relacione directamente con la actividad laboral del trabajador y no, por ejemplo, la cobertura de responsabilidad civil en vehículo si el trabajo no exige su utilización.
- f) Las contribuciones satisfechas por los promotores del Planes de Pensiones, así como las cantidades satisfechas por empresarios para sistemas de previsión social alternativos a Planes de Pensiones cuando las mismas sean imputadas a aquellas personas a quienes se vinculen las prestaciones.** Se valorarán por su importe.

Nos encontramos ante un supuesto expresamente exceptuado de cotización al tratarse de una mejora de la Seguridad Social, por ser una aportación de acuerdo con el art. 193 de la Ley General de la Seguridad Social, remitiéndonos a los CT 2/97, aportación a planes de pensiones o de jubilación.

- g) Las cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudio y manutención del sujeto pasivo o de otras personas ligadas al mismo por vínculo de parentesco.** Se valoran por el coste para el empleador incluidos los tributos que graven la operación.

El art. 5 uno del RIRPF excluye de gravamen fiscal las cantidades correspondientes a los gastos por estudios para la actualización, capacitación o reciclaje del personal.

En relación con estas remuneraciones en especie y a efectos de su inclusión en la base de cotización se dan los siguientes supuestos según se trate de gastos de estudio del trabajador o asimilado o de otras personas ligadas al mismo por vínculos de parentesco:

- a) Gastos de estudio del trabajador o asimilado siguientes:
- Los no exigidos por el desarrollo de las actividades y características de los puestos de trabajo, que sean debidos por norma, o convenio colectivo. Entran a formar parte de la base de cotización, siempre que se justifique su realización y cuantía, circunstancias fácticas éstas últimas que deben ser constatadas en la actuación inspectora.

¹⁹ A efectos indicativos la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, recoge la clasificación de los riesgos por ramos (BOE del 9).

- Los gastos mencionados en el párrafo anterior cuya realización se conceda voluntariamente por la empresa. Su cotización se someterá a las reglas establecidas en el art. 23.2.D que después se examinarán.

No son retribuciones en especie sujetas a cotización los que vengan exigidos por el desarrollo de las actividades y características de los puestos de trabajo incluidos dentro de las asignaciones asistenciales, art. 23.2.F.b).1º RGC.

b) Gastos de estudio de otras personas ligadas por vínculos de parentesco siguientes:

- Las cantidades entregadas obligatoriamente al trabajador por estudios de los hijos u otros parientes, serían cotizables.
- Las entregadas voluntariamente tendrían el tratamiento de productos en especie concedidos voluntariamente por la empresa del art. 23.2.D.b) RGC, sujetas a cotización cuando la cuantía de su valor computada conjuntamente con otras voluntarias exceda del 20 por ciento del SMI.

Es de señalar que esta regulación altera sustancialmente el criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en su escrito de 12/6/96, recogido en el apartado de ayudas de acción social de los CT 2/97, que venía admitiendo la posibilidad de incluir entre los conceptos excluidos de cotización determinadas remuneraciones -relacionadas con fines formativos, deportivos, ayudas campamentos, asistenciales, etc., previstas para el trabajador que tenga hijos u otros familiares hasta el primer grado a su cargo- que nominalmente no se correspondían con ninguno de ellos, pero sobre los que se dudaba de su encaje en la definición positiva de la base de cotización, contenida en el apartado 1 del art. 109 LGSS, dudas que han sido resueltas por el precepto reglamentario que comentamos.

En todos los casos se podría distinguir entre los gastos propiamente de estudios por un lado, y por otro los gastos de locomoción y los de estancia y manutención. Respecto a estos últimos (entendemos que también en el caso de los familiares y no sólo del trabajador) siguen las normas del párrafo a) apartado. A del art. 23.2 RGC. Nada se dice respecto a los gastos de locomoción, pero entendemos por coherencia que también les son aplicables las normas del párrafo b) del artículo antes citado.

TERCERO.- CONCEPTOS NO COMPUTABLES EN LA BASE DE COTIZACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL

El número 2 del art. 109 LGSS, contempla los conceptos que no forman parte de la base de cotización con arreglo a la definición negativa de la misma. Su modificación por la Ley 13/1996 encomienda al desarrollo reglamentario la determinación de las cuantías, alcance y términos de los conceptos excluidos de cotización de sus apartados a), c), d) y f), que acomete el nuevo número 2 del art. 23 RGC. Tales innovaciones normativas exigen su análisis, con el efecto de reiterar o modificar lo señalado en los anteriores CT 2/97.

El orden sistemático para su análisis, es el observado por el número segundo de la norma reglamentaria.

A) Las dietas y asignaciones para gastos de viaje, gastos de locomoción, dentro de los límites que se señalan, art. 123.2.A RGC.

Los conceptos recogidos en este apartado A no están sujetos a cotización siempre que correspondan a desplazamientos efectivos del trabajador, en el caso de las dietas, asignaciones por gastos de viaje y gastos de locomoción, **fuera de su centro de trabajo para realizar el mismo en**

lugar distinto y, en el caso de los pluses de transporte urbano y de distancia, **desde su residencia al centro habitual de trabajo**, en los términos y cuantías que se establecen en los subapartados a), b) y c), que a continuación se analizan.

Es necesario destacar que la vigente regulación sobre cotización se separa de lo establecido al respecto por el art. 26.2 del ET, incorporando el nuevo art. 109 LGSS la doctrina jurisprudencial que considera consustancial al concepto de dieta el desplazamiento temporal del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo, y limitando su importe computable por remisión a la regulación fiscal sobre la materia.

a) Dietas y asignaciones para gastos de viaje, art. 23.2.A.a) RGC.

Se consideran dietas y gastos de viaje no incluidos en la base de cotización:

- Los devengados por desplazamientos efectivos del trabajador a municipio distinto de su centro habitual de trabajo. Se diferencian, por lo tanto, de las prestaciones de manutención y hospedaje antes tratadas no referidas a la estancia del trabajador fuera de su centro de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto.
- Sean debidos a manutención y estancia en hoteles, restaurantes y otros establecimientos de hostelería, producidos por tal desplazamiento.
- Su importe sea el normal de tales gastos.
- Su importe se halle exceptuado de gravamen fiscal en los términos del art. 4 del Reglamento IRPF²⁰.

Con aportación de justificantes,	Ptas./día España 39.600	Ptas./día Extranj. 61.000
Sin aportación de justificantes, cuando se pernocte en municipio distinto	13.000	22.600
Sin aportación de justificantes, cuando no se pernocte	3.600	7.700

En los dos últimos casos, se deberá acreditar el lugar del desplazamiento así como su razón o motivo.

- El mismo régimen es aplicable a los desplazamientos a municipio distinto del que constituya la residencia habitual del trabajador contratado específicamente para prestar sus servicios en empresa con centros de trabajo móviles o itinerantes, art. 4.cuatro RIRPF y a los traslados de puesto de trabajo a municipio distinto que implique cambio de residencia, art. 4.seis RIRPF.
- El exceso sobre los límites señalados se computarán en la base de cotización a la Seguridad Social.

Normas especiales:

- La permanencia continuada en el municipio distinto del centro habitual de trabajo no puede superar 183 días naturales, de superar dicho período su importe no se considera exceptuado de gravamen fiscal, tributando desde el primer día, art. 4.tres.1.párrafo segundo del RIRPF, salvo en los números 4, 5 y 6 del mismo apartado tres que a continuación se indican.

²⁰ *Cuantías Orden Ministerial de 28/4/93 (BOE del 1 del 5).*

- Empleados de empresas con destino en el extranjero, art. 4.tres.5 RIRPF.
- Personal de vuelo de compañías aéreas, art. 4.tres.6 RIRPF.
- Funcionarios públicos españoles y personal al servicio de la Administración Pública con destino en el extranjero, art. 4.tres.4 RIRPF.
- Agentes comerciales y demás personas con rendimientos derivados de relaciones laborales especiales de carácter dependiente, art. 4.cinco RIRPF.

b) Gastos de locomoción, art. 23.2.A.b) RGC.

Se consideran gastos de locomoción no incluidos en la base de cotización:

- Los devengados por desplazamientos efectivos del trabajador desde el centro de trabajo habitual, de la fábrica, taller u oficina, a otro lugar distinto del mismo o diferente municipio para realizar su trabajo.
- Su importe debe ser el normal de tales gastos.

Estos gastos puede abonarlos directamente el empresario o abonarlos el trabajador siendo resarcido posteriormente por el empresario. Lo importante es que solamente se integra en la base de cotización la cantidad que exceda de las señaladas en el art. 4 del Reglamento del IRPF, y que son las siguientes:

- Si la empresa satisface específicamente el gasto y el trabajador emplea medios de transporte público, el importe del gasto que se justifique mediante factura o documento equivalente. Si no los emplea, la justificación de la realidad del importe del gasto por otros medios. En caso de imposibilidad de justificación de la cuantía del gasto, se excluirá la cantidad que resulte de computar 24 pesetas por kilómetro recorrido. Esta cantidad fue fijada por la Orden Ministerial de 28/4/93 (BOE del 1 del 5) y puede ser revisada posteriormente.
- Si la empresa resarce con una cantidad global específica, se apreciará suficiente si el desplazamiento o los desplazamientos se efectuaron en la realidad y esa retribución coincide anualmente, de modo aproximado, con el total de los gastos de desplazamiento. Si es imposible justificar la cuantía del gasto, pero se justifica la realidad del desplazamiento, el límite será de 24 pesetas por kilómetro recorrido.

Estas normas son aplicables a los desplazamientos de los trabajadores contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes y a los traslados de puesto de trabajo a municipio distinto que implique cambio de residencia.

También las normas especiales recogidas en el anterior subapartado a).

c) Plus de transporte urbano y de distancia o equivalente, art. 23.2.A.c) RGC.

Se considera plus de transporte urbano, de distancia o equivalente no incluidos en la base de cotización:

- Los que deban abonarse o resarcirse al trabajador o asimilado por su desplazamiento desde el lugar de su residencia hasta el centro habitual de trabajo o a la inversa. A diferencia de la redacción no imperativa de los subapartados anteriores, en el analizado la norma contempla una compensación de carácter obligatoria establecida por los convenios colectivos.

- Justificación de la realidad de los desplazamientos. Por su propia naturaleza su percepción está vinculada a la efectividad del desplazamiento, y, en consecuencia, que no se perciban durante el período de vacaciones o cuando no se trabaja, por lo que de ser abonadas cuando no se prestan trabajos nos encontraríamos ante un salario encubierto sujeto a cotización. Igual si se abonaran con las pagas extraordinarias, o si se declaran absorbibles o compensables con otros conceptos salariales.
- Su importe no necesitará justificación cuando no exceda en su conjunto del 20 por ciento del SMI mensual para mayores de 18 años sin incluir la prorrata de pagas extraordinarias²¹, esto es, 13.326 pesetas mensuales. Su cuantía anual será la que resulte de multiplicar 13.326 pesetas por once meses, 146.586 pesetas, salvo que se produzcan otras ausencias al trabajo, en cuyo caso, se detraerán de tal cantidad las que correspondan a los días no trabajados. El exceso resultante sobre 13.326 pesetas/mes durante los once meses en que se perciben o sobre 12.240 pesetas/mes a lo largo de los doce meses del año, integran la base de cotización a la Seguridad Social, aún cuando se haya demostrado la realidad del desplazamiento.

En algunos convenios colectivos se fija una compensación general y uniforme para todos los trabajadores, no vinculada directamente a la distancia o al costo efectivo de los transportes de cada trabajador. La jurisprudencia, teniendo en cuenta el carácter indemnizatorio de estos pluses, ha admitido su legalidad basándose en que “el abono de dicho plus solo es debido cuando así se fija en normas sectoriales”, a las que corresponde “el establecimiento de unos u otros sistemas de cálculo”, TS sent. 1/6/92, RA 4503. También el TCT sent. 8/2/83 RA 1014 y la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27/6/94. Ahora bien, su exclusión de la base de cotización, art. 109.2.a) LSS y 23.2.A.c) RGC, no puede desvincularse de dicho carácter indemnizatorio y, por ende, de la acreditación de la efectividad de los mismos, con independencia de que no necesitará justificación cuando la cuantía de su valor no exceda en su conjunto del 20 por ciento del SMI.

A veces estos pluses se abonan a lo largo de los 12 meses del año porque su importe se ha fijado en cómputo anual, entendemos que la cantidad cotizable sería la siguiente:

A la cantidad global establecida en convenio se le restan 146.586 pesetas anuales cuya cuantía no precisa justificación, estando sujeta a cotización el exceso que resulte.

La regulación expuesta altera lo recogido en los CT 2/97, sobre “compensación de recorrido”, pues con independencia de su carácter indemnizatorio quedaría sujeto a cotización el exceso percibido, computado en su conjunto, sobre las cantidades antes referidas que no precisan justificación.

En los supuestos de duplicidad de compensaciones analizados en los CT 2/97, esto es, cuando deban abonarse varias percepciones para compensar el traslado de los trabajadores desde su domicilio al centro del trabajo, se computarán todas ellas, cotizándose sobre el exceso que resulte del 20 por ciento SMI antes referido; cuando, además se faciliten medios de transporte a cargo de la empresa, esta utilización constituye una remuneración en especie que debe ser valorada por el coste de transporte para la empresa incluidos los impuestos que lo graven, individualizado por el número de trabajadores usuarios del servicio, al igual que se valoran e incluyen en las bases de cotización, según sean voluntarias o no, otras remuneraciones en especie en estos criterios.

B) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones, despidos y ceses, art. 23.2.B RGC.

Se trata de una exclusión de cotización ya tradicional, con la única novedad de incluir las indemnizaciones por ceses. El origen de esta inclusión está en supuestos figurados en los arts. 29 y 30 del Convenio General de la Construcción, sobre indemnizaciones por ceses en los contratos fijos de obra y por tiempo determinado. Son conceptos de clara naturaleza indemnizatoria, por su

²¹ RD 2656/1996, de 27 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 1997 (BOE del 28).

denominación y su precedente histórico (Ordenanza Laboral de Construcción) y por su propia causa y finalidad. La Resolución de 25/1/88 de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social las excluía de cotización. Aunque estrictamente no se trata de despido, tampoco encajaba en la llamada “definición positiva” del art. 109.1 LGSS.

Se estima que los Inspectores y Subinspectores no encontrarán problemas interpretativos en los demás conceptos de este apartado, una vez resuelto legislativamente la procedencia de la cotización de los salarios de tramitación, que recoge la Disposición Adicional Primera.1.a de la Orden 27/1/97.

Solamente queremos recordar que es frecuente calificar como “indemnizaciones por traslado” lo que en realidad son “compensaciones por despido”, o incluso mejoras salariales (normalmente por un ascenso) que derivan de un traslado del trabajador. El art. 40 del ET (movilidad geográfica) establece que el trabajador podrá optar entre aceptar el traslado, “percibiendo una compensación por gastos”, o la extinción de su contrato “percibiendo una indemnización”. Esta última, es similar a una indemnización por despido, y no es cotizable. Respecto a las “compensaciones por gastos de traslado” establece dicho art. 40 que “comprenderán tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los Convenios Colectivos” con lo que, en principio, son una modalidad de suplido si se ajustan a gastos reales; pero, como hemos visto, la norma permite acuerdo que supere dichos gastos, teniendo el exceso carácter indemnizatorio por el traslado, entendiéndose que toda la cifra pactada es excluible de cotización.

A veces se intenta ofrecer como traslado lo que en realidad es una novación de contrato, consistente en un ascenso que implica traslado a otra población, aceptado voluntariamente por el trabajador, que en caso contrario continuaría en el mismo puesto de trabajo; en estos casos, entendemos que solamente sería excluible de cotización la simple compensación por gastos de traslado ajustada a gastos reales, siendo cotizables según su naturaleza las demás mejoras pactadas.

C) Las cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición y mantenimiento de ropa de trabajo, art. 23.2.C RGC.

En los supuestos del epígrafe, la norma no precisa qué debe entenderse por “quebranto de moneda”, “desgaste de útiles o herramientas” y “adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo” lo que obliga a analizarlos conforme a lo regulado en el ordenamiento laboral y a la jurisprudencia remitiéndonos a lo manifestado al respecto en los CT 2/97.

En términos generales, el quebranto de moneda se otorga como percepción extrasalarial a cajeros, cobradores o similares para compensar posibles perjuicios por errores en el manejo habitual de moneda. En cuanto a los útiles o herramientas deben ser aportados por el trabajador supliendo el deber empresarial de proporcionarlos, igual que la adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo.

No obstante, en la norma queda implícito que los conceptos de este apartado indemnizan o suplen un gasto del trabajador que guarda relación con el trabajo realizado, imponiéndose los siguientes requisitos para su exclusión de la base de cotización:

- Esté justificada la efectividad del gasto realizado por el trabajador y, por tanto, vinculado a la realización del trabajo.
- Los gastos deben ser los normales de tales útiles o prendas.
- Su importe no necesita justificación cuando la cuantía de su valor no exceda del 20 por ciento del SMI.

La redacción del párrafo segundo de este apartado plantea el problema sobre si el límite de justificación del 20 por ciento del SMI debe aplicarse a la totalidad de los conceptos incluidos en el apartado o de forma separada para cada uno de ellos; del análisis de su redacción referida al conjunto de los conceptos indemnizatorios y, por coherencia con los demás apartados del precepto, ha de concluirse que el límite opera de forma global incluyendo la suma de los importes correspondientes a todos los conceptos del apartado.

La norma establece también el prorrateo de las cantidades de percibirse con periodicidad superior a la mensual o que no tengan carácter periódico a lo largo de los 12 meses del año. A este respecto entendemos al igual que para otros conceptos de percepción vinculada a la efectividad del gasto y por ende a la del trabajo, que su cuantía anual se obtendrá de multiplicar 13.326 ptas. por once meses, lo que asciende a 146.586 ptas./año y a un prorrateo de 12.240 ptas./mes, salvo que se produzcan ausencias del trabajo que obliguen a detraer los importes correspondientes a los días no trabajados.

D) Los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas, art. 23.2.D RGC.

El concepto legal de producto en especie concedido voluntariamente por las empresas que no forma parte de la base de cotización, viene delimitado por los siguientes requisitos:

- Son los indicados en el apartado 1.A del art. 23 RGC. Su valoración se efectúa de acuerdo con las mismas reglas que los productos en especie obligatorios, incluido el prorrateo a lo largo de los 12 meses del año, remitiéndonos a lo ya analizado en el anterior número segundo.
- No sean debidos en virtud de norma, convenio colectivo o contrato individual de trabajo.
- No se encuentren incluidos en el apartado 2.F del art. 23 RGC, es decir, los que tengan la consideración de asignaciones asistenciales (de un modo más especial, la entrega de los propios productos de la empresa).
- La cuantía de su valor en conjunto no exceda del 20 por ciento del SMI, cotizando por el exceso.

E) Las percepciones por matrimonio, art. 23.2.E RGC.

Esta excepción carece en realidad de importancia práctica ya que, pensada en principio para la dote de la mujer trabajadora con motivo del matrimonio, se mantiene por mimetismo legislativo, a pesar de que dicha dote es incompatible con las reglas de no discriminación de la Ley 8/1980 por numerosas sentencias.

F) Las prestaciones de la Seguridad Social, sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, art. 23.2.F RGC.

a) Las prestaciones de la Seguridad Social, art. 23.2.F.a) RGC.

No se computan en la base de cotización “en todo caso”, ya sea abonada la prestación por una Entidad Gestora, Servicio Común o Colaboradora o por una empresa en su ámbito de colaboración o por quien resulte responsable en orden a la prestación.

b) Las mejoras de la Seguridad Social, art. 23.2.F.a) RGC.

Son las percepciones directamente entregadas por las empresas a los trabajadores o asimilados así como las aportaciones efectuadas por aquellas a que se refiere el art. 193 de la Ley General de la

Seguridad Social, “siempre que el beneficio obtenido suponga un complemento de la percepción que le otorga el sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva”.

Nos encontramos, por lo tanto, ante las mejoras directas de prestaciones que se regulan en los art. 192 y 193 LGSS, desarrollados por los artículos 1, 7 y 11 al 14 de la Orden de 28/12/66, sobre mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General. No mejora de tipos de cotización o de bases de cotización, inexistente según la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 26/12/84 (BOE 18/1/85).

La mejora directa de prestaciones es a cargo exclusivo de la empresa, por sí misma o por aportaciones mediante aseguramiento para la cobertura de prestaciones que tengan encaje en alguno de los conceptos legales de prestación de la Seguridad Social, no cubierta en todo en parte por la misma y se otorgue en cuantía adecuada.

c) Las asignaciones asistenciales, art. 23.2.F.b) RGC.

El concepto de asignación asistencial no se concreta en el subapartado b) del art. 23.2.F del RGC. No obstante, si se examinan los cinco supuestos del nuevo art. 23.2.F.b) se observa que todos ellos responden a la definición de prestaciones en especie del art. 23.1.A del mismo RGC y los supuestos de los números 2º, 3º y 4º y parcialmente el 1º, coinciden también con los contemplados en los últimos párrafos del apartado g) del art. 26 de la Ley 18/1991 de IRPF y en el art. 5 de su Reglamento en la redacción dada por el RD 1100/1994, de ahí que pueda concluirse que las asignaciones asistenciales corresponden con retribuciones en especie en supuestos expresamente excluidos de la obligación de cotización.

Sobre si se trata de una enumeración abierta a otros posibles supuestos, ante la expresión de la norma: “se consideran incluidas, entre otras, las siguientes”; no puede extraerse la conclusión de considerar una lista abierta y ejemplificadora de supuestos, porque iría en contra de la Ley autorizante, (art. 109.2.f)) que sólo autoriza al Reglamento el fijar los términos de exclusión para las asignaciones asistenciales, por lo que el art. 23.2.F.b) del RGC, no puede alterar el listado cerrado de los conceptos excluidos de cotización, ni la exigencia de proporcionalidad de la cuantía de la percepción excluida de cotización a la finalidad a que se destina.

Pasamos a analizar los cinco grandes supuestos que contiene la norma.

1º.- Las cantidades destinadas a satisfacer los gastos de estudio del trabajador o asimilado, financiadas por la empresa, para actualización, capacitación o reciclaje de su personal. Pero solamente los gastos de estudio, ya que los de estancia y manutención siguen el sistema antes mencionado al hablar de dietas y asignaciones para gastos de viaje. Entendemos lo mismo, por coherencia normativa, sobre los gastos de locomoción.

Respecto a los demás gastos de estudio del trabajador o asimilado, la norma decide que si son obligatorios tendrán la consideración de producto en especie incluíble en la base de cotización, donde ya se ha tratado. Y “a sensu contrario” deducimos que si son voluntarios pueden considerarse como productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas, remitiéndonos a lo ya expuesto en los números Segundo, 2º. Percepciones en especie, g) y Tercero, D de estos criterios.

2º.- Las entregas de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social, teniendo la misma consideración las fórmulas indirectas de prestación del servicio de comedor cuando su cuantía no supere la cantidad establecida en el ordenamiento tributario, que ya se han tratado en el número Segundo, 2. Percepciones en especie, d) de estos criterios al que nos remitimos.

3º.- La utilización de los bienes destinados a los servicios sociales y culturales del personal.

Se trata de los club sociales para trabajadores de la empresa, de la biblioteca, de la enfermería, de las guarderías para hijos de los trabajadores, etc. No se precisa aquí especial comentario.

4º.- La entrega gratuita o por precio inferior al normal del mercado de acciones o participaciones por parte de las empresas, siempre que reúnan las características y los requisitos establecidos en el art. 26 de la Ley IRPF.

Según esa norma no se trata de una exclusión absoluta, ya que solamente no se integran en la base de cotización las cantidades que no excedan de 500.000 pesetas anuales o de 1.000.000 en los últimos cinco años, siempre que:

- La oferta se realice en idénticas condiciones a todos los trabajadores de la empresa.
- Que estos trabajadores, sus cónyuges o familiares hasta el segundo grado, no tengan una participación conjunta en la empresa superior al 5 por ciento.
- Los títulos deben mantenerse, al menos durante tres años.

Si no se mantienen esos tres años la norma fiscal establece una devolución mediante declaración-liquidación complementaria, con determinados intereses de demora. A efectos de la Seguridad Social, si seguimos el paralelismo fiscal, entendemos procede una liquidación por modificación de las bases, con el régimen de la Disposición adicional primera, apartado 1.b de la Orden 27/1/97.

5º.- La entrega de los propios productos de la empresa o los descuentos o compensaciones en la compra de los mismos, siempre que se cuantía no supere el 20 por ciento SMI. El exceso sobre dicha cuantía se incluirá en la base de cotización.

Como se anticipó, se trata de conceptos que materialmente son retribución en especie, si bien, a efectos de este Reglamento, tienen naturaleza jurídica de asignación asistencial. El concepto de propios productos de la empresa ha de referirse a aquéllos que sean inherentes a la actividad de la misma, de ahí la diversidad de percepciones en especie incardinables en este concepto, siendo indiferente a efectos de su exclusión de la base de cotización que sean otorgados voluntariamente por la empresa o que sean concedidos obligatoriamente por norma, convenio colectivo o contrato de trabajo. Se integra en la base de cotización siempre que su cuantía, valorada según lo manifestado en estos Criterios para las retribuciones en especie, y sobre su prorrateo en los que no tengan vencimiento mensual, no supere el 20 por ciento del SMI.

G) Las horas extraordinarias.

No hay ninguna novedad. Las horas extraordinarias quedan excluidas de la base de las contingencias generales, aunque se incluye en la de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Todo ello sin perjuicio de la cotización adicional por las mismas, materia sobradamente conocida por los funcionarios que integran el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Madrid, 19 de diciembre de 1997
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Avelina Llordén Miñambre

Conforme:
EL DIRECTOR GENERAL

Fco. Javier Minondo Sanz

SRES. JEFES DE LAS INSPECCIONES PROVINCIALES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

CRITERIOS TÉCNICOS SOBRE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EMPRESAS DE SEGURIDAD

En actuaciones de comprobación sobre cotización a la Seguridad Social en Empresas de Seguridad, se viene observando la existencia de criterios heterogéneos sobre la composición de las bases y sobre el epígrafe de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales asignado a los guardas de seguridad, controladores y otros análogos, situación que aconseja establecer criterios técnicos que sirvan para aclarar dichas cuestiones, logrando a la vez la homogeneidad en las actuaciones.

La determinación de la base de cotización, art. 109.1 LGSS, debe partir de la identificación de la realidad salarial a través de las fuentes de fijación del salario en dicho sector productivo; Convenio Colectivo de Ámbito Nacional para las Empresas de Seguridad, resolución de la D.G.T. de 19/4/94 (BOE 5/4/94), y su revisión, resolución de D.G.T. de 16/3/95 (BOE 19/4/95) o, en su caso, Convenio de Empresa, como elemento regulador básico de la estructura salarial, art. 26.3 del ET; contrato individual de trabajo, con independencia de su forma de celebración y del propio ET, en especial en sus preceptos dedicados al contenido del contrato de trabajo y, una vez constatada la remuneración percibida, de lo establecido por este Centro Directivo en los Criterios Técnicos 2/97, sobre Bases de Cotización a la Seguridad Social y en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario del antedicho artículo 109 LGSS, así como de los presentes C.T. Los epígrafes aplicables a los cometidos y funciones del personal afectado por el Convenio se contemplan en el Real Decreto 2931/79, de 29 de diciembre que aprueba la vigente tarifa de primas.

En razón de lo expuesto, se emiten los siguientes criterios técnicos para la actuación inspectora:

1. Conceptos retributivos que entran a formar parte de la base de cotización.

Como regla general, todos los conceptos retributivos que componen la estructura salarial: sueldo base y complementos, definidos en los artículos 68 y siguientes del Convenio Colectivo: antigüedad, peligrosidad, trabajo nocturno, gratificaciones extraordinarias de julio, navidad y de beneficios, incluidas las mejoras voluntarias y retribuciones en especie de naturaleza salarial, son cotizables, remitiéndonos a lo ya establecido en los C.T. 2/97, en espera del previsto desarrollo reglamentario del art. 109 de LGSS.

Requieren una aclaración específica respecto a los citados C.T. 2/97.

- Plus de distancia y transporte.

Contemplado en el art. 74 apartado a) del Convenio Colectivo “como compensación a los gastos de desplazamiento y medios de transporte dentro de la localidad, así como desde el domicilio a los centros de trabajo y su regreso”. La cuestión que suscita la cotización de tal complemento fue objeto de análisis en los C.T. 2/97. Plus extrasalarial (gastos de transporte), considerándolo excluido de cotización.

Por el contrario, como se pone de relieve en dichos C.T., procede cotizar en los supuestos de duplicidad de compensaciones por un mismo concepto y causa o cuando concurren junto con el plus extrasalarial otros conceptos económicos cuya causalidad reside en compensar el traslado de los trabajadores desde sus domicilios al centro de trabajo.

En todo caso, para este Centro Directivo, lo que determina la presencia de una indemnización o de un salario encubierto es la falta de correlación entre el gasto real del trabajador y la cantidad percibida del empresario, sent. del T.S. de 23/7/96.

- Dietas y gastos de viaje.

Con frecuencia se denominan como tales a pagos o compensaciones que no corresponden a la naturaleza de aquéllas. El artículo 35 del c.c. parte de una definición negativa de las dietas, no dando lugar a las mismas los trabajos realizados dentro de una zona definida como localidad y sí a los correspondientes pluses de distancia y transporte pactados. A este respecto, se entenderá por localidad tanto el municipio de que se trate como las concentraciones urbanas o industriales que se agrupen alrededor del mismo y que formen con aquél una macro-concentración aunque administrativamente sean municipios distintos, siempre que estén comunicados por medios de transporte públicos a intervalos no superiores a media hora. Su importe se fija en el art. 38 c.c.

Tendrán derecho a dietas y gastos de viaje los trabajadores destacados (máximo 3 meses) en los casos contemplados en el art. 36 del c.c. Los trabajadores desplazados a que se refiere el art. 37 del c.c., tendrán derecho al percibo de dietas y al importe del billete en medio de transporte idóneo cuando no se desplacen en vehículos de la empresa.

En consecuencia, debe cotizarse por las cantidades pagadas bajo la denominación de dietas que no respondan a desplazamientos fuera de la localidad, art. 35 c.c., reiterando lo establecido en los C.T. 2/97. Dietas. También por los conceptos que superan al de la dieta, sent. T.S. de 1/10/96. Y en los supuestos de duplicidad de compensaciones con el plus de distancia y transporte.

- Plus de mantenimiento de vestuario.

La naturaleza salarial de los complementos denominados de mantenimiento de vestuario es una cuestión controvertida, como poníamos de manifiesto en los C.T. 2/97, en los que indicábamos la necesidad de valorar las circunstancias concurrentes al caso concreto a la luz de la doctrina jurisprudencial que en ellos se citaba.

Descendiendo al análisis del plus de mantenimiento de vestuario contemplado en el art. 74.b) del Convenio Colectivo “como compensación de gastos que obligatoriamente correrán a cargo del trabajador, por limpieza y conservación del vestuario, calzado, correajes y demás prendas que componen su uniformidad” y la conexas obligación empresarial de facilitar al personal operativo determinadas prendas de uniforme (art. 77), cabe entender, en aplicación de la doctrina sentada en la Sentencia del T.S. de 11/10/94, citada en los C.T., que dicho plus no es cotizable, criterio que se mantiene a la espera del meritado desarrollo reglamentario del art. 109 de la LGSS.

2. Tipo de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La Tarifa de primas vigente, aprobada por Real Decreto 2930/79, de 29 de diciembre, hace la descripción de las actividades y funciones a las que deben asignárseles los distintos epígrafes, agrupados en once divisiones por actividades económicas. Dentro de la división VIII Instituciones Financieras, Seguros y Servicios, se incluye el epígrafe 113 aplicable al “Personal directivo y técnico en trabajos exclusivos de oficina y empleados de oficina en general no especificado en otros epígrafes. Personal directivo y técnico en trabajos mixtos de oficina y explotación. Porteros y encargados de servicios de ascensores, calefacción y personal subalterno en oficinas y establecimientos mercantiles” y, dentro de la división IX. Otros Servicios el epígrafe 116 aplicable a los “Guardas y serenos de edificios y explotaciones mercantiles o industriales. Agentes de la Autoridad y guardas jurados”. Por disposiciones de diverso rango han sido incluidos o asimilados en este último epígrafe los de alguacil de Ayuntamiento, celadores, personal subalterno de Escuelas Profesionales varias, vigilantes nocturnos y miembros de Mesas Electorales.

La interpretación literal o gramatical de la descripción de trabajos incluidos en tales epígrafes y de las divisiones en las que se integran bastaría para deducir la aplicación del epígrafe 116 a todo el personal operativo a que se refiere el Convenio Colectivo, pues solo con una interpretación interesada

de la norma puede sostenerse la del epígrafe 113, en cuanto se refiere a los porteros y demás trabajos subalternos.

Además, ello se refuerza con el examen de los antecedentes legislativos históricos que muestran la evolución de las tarifas de primas de accidentes de trabajo, a través de un proceso de refundición de las primas y de concreción de la información en la titulación de las divisiones, y así la división VIII del Decreto 2824/1977, de 23 de septiembre, precedente del vigente, se titulaba Instituciones Financieras, Seguros y Servicios Prestados a Empresas, que incluía en los epígrafes 283 y 285, los trabajos a que se refiere el vigente 116. La división IX, Otros Servicios, figuraba subtitulada en los siguientes apartados: - Administración Pública. Defensa Nacional y Seguridad Social; - Educación e Investigación; - Servicios recreativos y culturales; - Servicios personales. Dentro de la subtitulación “Administración Pública. Defensa Nacional y Seguridad Social”, se incluía el epígrafe 289, precedente del vigente 116, con idéntica redacción al epígrafe 483 del Decreto 2343/1967, en el que se refunden los grupos 24, nº 5 en cuanto a los guardas y serenos, y en el número 6 en cuanto a los agentes de la autoridad y guardas jurados, de la Orden 30/3/49.

El riesgo que comporta las funciones de vigilancia que el epígrafe 116 cubre, va unido al posible uso de la fuerza física o al enfrentamiento directo con situaciones de violencia contra las personas o bienes, sin que sean determinantes, en virtud de la refundición producida por el Decreto 2343/1967, las circunstancias de prestar el servicio con armas, con los medios de protección autorizada o sin ellos; o de ser agente de la autoridad, realizar actividades complementarias de la seguridad pública, o carecer de tal carácter, criterio que se corresponde con el mantenido en las resoluciones administrativas que extienden el epígrafe 116 a otras actividades antes aludidas, por lo que no conteniendo la norma distinción entre unas u otras tareas de vigilancia, ha de entenderse que las circunstancias referidas son intrascendentes en la aplicación del epígrafe citado.

Por otra parte, la regulación realizada por la Ley 23/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre en el sector de vigilancia y seguridad, en especial, de las Empresas y del personal de seguridad, no ha alterado el riesgo que puede provocar la realización de los trabajos del personal operativo no juramentado por lo que carece de incidencia al respecto.

En consecuencia, debe aplicarse el epígrafe 116 a las categorías de Vigilantes Jurados y Guardas de Seguridad, clasificados y definidos en el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad dentro del Grupo de Personal Operativo, así como a cualesquiera otras que realicen actividades o funciones similares o análogas con otro nombre no consignadas en la clasificación general del Convenio que dispone que las categorías son meramente enunciativas y no limitativas. Así, por ejemplo, la de “Controlador” que realmente realice funciones de Guarda de Seguridad, caso contemplado en la Sentencia de 28/11/96 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, que al resolver recurso de suplicación dice: “Bien es verdad que la categoría de Controlador no existe en el Convenio, pero no lo es menos que el artículo 17 establece que las categorías o clasificaciones del personal que recoge, son meramente enunciativas, es decir, no constituyen “numerus clausus”.

Madrid, 15 de septiembre de 1997
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Avelina Llordén Miñambres

Conforme:
EL DIRECTOR GENERAL

Fco. Javier Minondo Sanz

CRITERIOS TÉCNICOS SOBRE EPÍGRAFES DE LA TARIFA DE PRIMAS PARA LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES APLICABLES EN LAS EMPRESAS DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS

En la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en algunas Empresas de Limpieza de Edificios, se viene detectando una aplicación incorrecta de los epígrafes de accidentes de la vigente Tarifa de Primas, aprobada por Real Decreto 2930/79, de 29 de diciembre, a lo que hay que añadir la existencia de una jurisprudencia contradictoria a la que ha puesto fin la Sentencia de unificación de doctrina de fecha 29 de octubre de 1996.

Esta situación aconseja reiterar el criterio mantenido por esta Dirección General y que se dio a conocer a todas las Inspecciones Provinciales el 21-7-95 con remisión de la contestación dada por la entonces Dirección General de Planificación y Ordenación Económica de la Seguridad Social juntamente con una nota explicativa de las razones por las que se adoptaba el mismo.

La necesaria homogeneidad de criterios y de actuaciones producirá, además, el efecto de evitar perjuicios a los trabajadores y al sistema de la Seguridad Social así como la posible competencia desleal entre las empresas por diferencias de costes del servicio.

En base a todo ello se comunican los siguientes

CRITERIOS TÉCNICOS

El epígrafe 117 de la Tarifa comprende los trabajos de “Personal de limpieza de edificios, de escaparates y de calles. Desinfección. Desinsectación y desratización de locales, vehículos, etc.”. Por su parte el epígrafe 124 hace referencia a las actividades de “Lavado y planchado de ropas. Tintes y quitamanchas químicos. Limpieza y conservación de tapices, muebles, etc.”.

De la lectura de ambos epígrafes se desprende con toda claridad la distinta naturaleza de los trabajos adscritos a cada uno de ellos y así, cuando el 117 se refiere a “limpieza de edificios” lo hace al inmueble en su totalidad sin diferenciar los del exterior respecto de los del interior, circunstancia que, sin duda, se tendría en cuenta al valorar el grado de riesgo de todos ellos a la hora de fijar la prima.

Este mismo criterio constituye la línea argumental de numerosas Sentencias, sólo quebrado por la de 6 de julio de 1994 del T.S., que el propio Alto Tribunal rechaza en nuevas Sentencias posteriores, entre las que cabe reseñar las de 20-6-95, 12-1-96, 16-4-96, 16-9-96 y 29-10-96, de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo. Esta última, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, dice que ya en Sentencias de la misma Sala de 20-12-90 y 11-3-91 se resolvió el problema diciendo que “el sentido respectivo de los epígrafes 117 y 124 es tan inequívoco que no existe duda alguna de que el personal de limpieza de edificios debe incluirse en el primero y que no existe base, ni pretexto, para su inclusión en el segundo...”.

En consecuencia con todo lo anterior, se comunica:

PRIMERO.- El epígrafe aplicable en las Empresas de Limpieza de Edificios es el 117 para las actividades descritas en el mismo, sin distinción entre las del exterior respecto de las del interior.

SEGUNDO.- Si concurriese sentencia firme que resuelva en sentido distinto a lo expresado en este Criterio, por aplicación en ese caso del principio de cosa juzgada, procede se respete el contenido de la misma para esa concreta situación.

TERCERO.- Cuando en una determinada Empresa de Limpieza de Edificios, aplique el epígrafe 124 y ello no haya sido determinado por Sentencia firme, el Acta de Liquidación que deba practicarse, en función de las diferencias entre los porcentajes de los epígrafes 117 y 124, se extenderá a todo el período de cotización no prescrito.

Madrid,
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Avelina Llordén Miñambres

Conforme
EL DIRECTOR GENERAL

F. Javier Minondo Sanz

SRES. JEFES DE LAS INSPECCIONES PROVINCIALES DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

CRITERIOS TÉCNICOS INTERPRETATIVOS EN RELACIÓN A LA BASE DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL

La modificación del artículo 109 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, llevada a cabo por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, hace necesario la recopilación de los criterios técnicos de actuación en relación con dicho precepto y con el artículo 73 de su anterior texto refundido, Decreto 2065/74, de 30 de mayo, complementados con los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia antes de la entrada en vigor de la nueva redacción.

La consulta sobre si un determinado concepto retributivo entra o no a formar parte de la base de cotización, ya sea debido a una atribución expresa convencional o contractual del carácter extrasalarial de la percepción o a su asimilación a alguno de los conceptos que el apartado 2 del citado artículo 109 excluye de la base de cotización, viene centrando el grueso de las dudas tradicionalmente planteadas ante esta Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, motivadas, a veces, por cambios en la denominación de la remuneración que enmascaraban su propia naturaleza con el efecto lógico de eludir su cotización.

Con un fin sistematizador tomamos como guía la propia configuración normativa de la base de cotización contenida en el referido precepto, agrupando cada una de las percepciones que se analiza en dos apartados, según responda a la definición positiva de la base, apartado 1 o negativa, apartado 2, siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que partiendo de la diferencia del ordenamiento jurídico-privado de la relación laboral respecto del ordenamiento jurídico-público de la Seguridad Social y del carácter completo y cerrado de este último y, más específicamente de la precisión del concepto legal de base de cotización, concluye señalando que el hecho de que un convenio colectivo califique una determinada percepción del trabajador como extrasalarial, no puede determinar, sin más y de principio, que esa percepción no deba computarse en la base de cotización a la Seguridad Social, cuando con arreglo a la definición positiva y negativa de tal base puede formar parte de ésta.

Sobre la cuestión analizada, de todas formas, incidirá de futuro la regulación reglamentaria prevista en varios de los epígrafes del apartado 2 del artículo 109 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con la relevante previsión del último párrafo del citado apartado 2 en el sentido de que en el desarrollo reglamentario se procurará la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario.

Por todo ello ha parecido conveniente a esta Subdirección General de Asistencia Técnica, en uso de la facultad concedida por el artículo 7º.3 2ª b) del Real Decreto 1888/1996, de 2-8-96 (modificado por Real Decreto 140/1997 de 31-1-97), establece los siguientes

CRITERIOS

PRIMERO.- Percepciones de carácter salarial que forman parte de la base de cotización con arreglo a la definición positiva de la misma establecida en el apartado 1 del artículo 109 del texto refundido de la LGSS, R.D.Leg. 1/1994.

Fundamentados en el carácter salarial o no de la percepción existen diversos criterios jurisprudenciales y pronunciamientos administrativos que consideran incluidas o no en la definición positiva de la base de cotización las siguientes retribuciones:

En general.

En el Régimen General de la Seguridad Social la base de cotización, según su definición legal,

estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, entendido el concepto de “remuneración” conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores (artículo 26 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre).

Debe destacarse, en consonancia con la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1990 (RA 3140) de la terminología del artículo 73 de la LGSS del texto refundido de 1994 un elemento que sin duda no es casual, cual es el de la no utilización del término “salario”, sino de otro, en realidad equivalente, como el de “remuneración total”, al que además se añade la matización de “cualquiera que sea su forma o denominación”, lo que evidencia la intención abarcadora de la norma.

Ayudas para comida.

Procede cotizar por tal concepto. La entrega periódica y regularmente de una cantidad en metálico en concepto de manutención ha de considerarse como una percepción salarial. (I. y D. 2/91 C-10).

Bolsa de vacaciones.

Procede cotizar por tal concepto. La bolsa de vacaciones que contempla el convenio colectivo para la Banca privada forma parte de la base de cotización (S.T.S. Sala 3ª de 25-10-90, R.A. 7451). Criterio aplicable a los pluses de idéntica o similar denominación y causa recogidos en otros convenios colectivos.

Gratificaciones extraordinarias (Determinación de su cuantía).

Procede cotizar por el importe total. El total importe de la cuantía de las pagas extraordinarias a que se refiere el artículo 73 del convenio colectivo de Empresas de Seguridad (Resolución de 19-4-94 - BOE de 4 de mayo) integran la base de cotización a la Seguridad Social (artículo 109 nº 1 segundo párrafo de la Ley General de la Seguridad Social), con independencia de que a efectos de determinar su cuantía se utilice como módulo un concepto que, como el plus de distancia y transporte, estaría excluido de dicha base de cotización pues, en definitiva, esto no altera la naturaleza de las gratificaciones extraordinarias. (Escrito de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 28-11-95, Exp. de consulta de esta Dirección General 2083/95).

Plus de cultura o de ayuda a la cultura.

Procede cotizar por tal concepto. Los denominados plus de cultura o de ayuda a la cultura integran la base de cotización. (Escrito de 17-6-86, Criterios 85/86, pág. 125). Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2-11-89 (R.A. 7791); Sentencia de la Sala 3ª T.S. de 30-10-91 (R.A. 7828); Sentencia de la Sala 3ª T.S. de 30-12-91 (R.A. 9625).

Plus de disponibilidad.

Procede cotizar por tal concepto. Las cantidades percibidas por el plus de disponibilidad, derivado del tiempo de presencia de los trabajadores (abonado a sus empleados como compensación al tiempo que aun sin trabajar efectivamente hubieron de permanecer a su disposición), están sujetas a la oportuna cotización. (Sentencia Sª 3ª T.S. 11-10-94, R.A. 7437).

Plus funcional percibido por el personal que integra el grupo funcional de Inspectores acogido al convenio estatal para las empresas de seguros y reaseguros (8-7-91).

Procede cotizar por tal concepto. Las cantidades que sobre los mínimos reglamentarios perciban los Inspectores, o plus funcional de inspección, es salario, y por tanto computable a efectos de la base de cotización a la Seguridad Social.

Aún cuando la entonces vigente Ordenanza de Trabajo para las Empresas de seguros y de capitalización de 14 de mayo de 1970 habla en su artículo 30 del “carácter mercantil y no laboral” de esas cantidades y de la remisión que al mismo hacen la disposición transitoria cuarta del convenio colectivo para las Empresas de Seguros y Reaseguros, tal caracterización no resulta en ningún sentido acorde con el tipo de prestación de servicios que desarrolla esta categoría profesional, definida, tanto en la propia Ordenanza como en el convenio colectivo aplicable bajo el claro sentido de la ajeneidad y sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones mercantiles que realicen (I. y D. 1/94 C-25).

Vacaciones no disfrutadas.

Procede cotizar por tal concepto. La retribución de las vacaciones no disfrutadas tiene carácter salarial y no indemnizatorio; si bien como norma general las vacaciones no son compensables en metálico, el derecho a las mismas debe compensarse económicamente cuando se produce el cese antes de completar el año, calculándose el importe en proporción al tiempo de servicios -art. 4 del Convenio de la O.I.T. nº 132. (I. y D. 2/91 C-10).

La compensación en metálico por las vacaciones no disfrutadas constituye una remuneración que percibe el trabajador por razón del trabajo realizado por cuenta ajena -definición positiva de la base-, y no está expresamente contemplado entre los conceptos excluidos del cómputo de la misma -definición negativa-, los cuales se enumeran de modo taxativo y no meramente enunciativo.

Sobre el modo de cotizar por las cantidades abonadas en compensación de vacaciones no disfrutadas: El importe global de las vacaciones se prorrateará, mes a mes, dividiendo a tal efecto su importe por el número de días de duración del contrato, o por el número de meses si el trabajador tiene retribución mensual, o por el número de días o de meses transcurridos desde el disfrute de las últimas vacaciones... Finalmente se aplicarán los tipos y topes correspondientes a cada mes. (I. y D. 1/93 C-20).

Vacaciones o días de descanso no disfrutados y fiestas abonables no recuperables.

Procede cotizar por tal concepto. Respecto de inclusión en las bases de cotización de las cantidades percibidas por los trabajadores en concepto de vacaciones y fiestas abonables no recuperables, Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1996 (R.A. 1523), con antecedente en acuerdo de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social que confirma enalzada acta y resolución relativas a infracción por no inclusión en las bases. En igual sentido la Sentencia de la misma Sala de 22 de octubre de 1996 (R.A. 7705).

Vivienda.

Procede cotizar por tal concepto. Cuando se proporciona vivienda “en relación con el trabajo”, es decir que nace como contraprestación del trabajo prestado, nos encontramos con una percepción salarial, que no guarda relación con “los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas” -ap. d), del nº 1 del art. 73 de la L.G.S.S.- y, en consecuencia, integra la base de cotización a la Seguridad Social conforme al nº 1 del mismo artículo. (I. y D. 1/89, pág. 373).

Retornos percibidos por los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

No procede cotizar tal concepto. Los anticipos laborales y los retornos cooperativos son conceptos distintos, de contenido y significación diferentes. En relación con lo dispuesto en la Ley

General de Cooperativas, el retorno acreditado a los socios trabajadores de una Cooperativa de Trabajo Asociado no tiene carácter remuneratorio a efectos de determinar la base de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social. (I. y D. 1/93 C02).

SEGUNDO.- Percepciones de carácter extrasalarial que responden a alguno de los conceptos que no forman parte de la base de cotización con arreglo a la definición negativa de la misma, establecida en el apartado 2 del artículo 109 del texto refundido de la LGSS, RDL 1/1994.

Contemplada la percepción según su adecuación o no a los conceptos que no forman parte de la base de cotización existe igualmente diversos criterios jurisprudenciales y pronunciamientos administrativos que consideran contemplados o no en la definición negativa de la base de cotización los conceptos que a continuación se indican, que a efectos sistematizadores pueden agruparse en: 1) Percepciones compensatorias, 2) Indemnizaciones, 3) Mejoras voluntarias, 4) Prestaciones de Seguridad Social y 5) Horas extraordinarias.

En este sentido, hay que señalar que los conceptos excluidos del cómputo de la base de cotización se enumeran en el artículo 109.2 de la LGSS “de modo taxativo y no meramente enunciativo” (Sentencia T.S. 11-12-90 R. 9707).

Por otra parte, la exclusión del cómputo de la base de conceptos nominalmente excluidos de cotización únicamente ocurrirá cuando dicha indemnización o plus “sea en cantidad adecuada al fin a que se destina...”, como ha señalado el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 11 de octubre de 1994 (R.A. 7436), criterio interpretativo que, a juicio de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, debe ser aplicable a los demás conceptos excluidos de cotización a que se refiere el artículo 109.2 de la LGSS. (Exp. de consulta de esta Dirección General 1877/94).

1) PERCEPCIONES COMPENSATORIAS.

Compensación de recorrido.

No procede cotizar por tal concepto. La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1996 (R.A. 1121) señala que: El concepto de “compensación de recorrido”, puede, ciertamente, ser un subterfugio para encubrir verdaderos aumentos salariales con el consiguiente fraude a la Seguridad Social, pero en el caso examinado no existen elementos de juicio de los que pueda deducirse que las compensaciones abonadas no hayan constituido una auténtica indemnización por gastos y una percepción extrasalarial destinada a compensar en forma real y efectiva la cantidad desmesurada de tiempo empleada en acudir al trabajo.

Conservación de vestuario, suministro de vestuario, gratificación por vestuario.

Procederá cotizar o no por tal concepto. Habrá que valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto de que se trate a la vista de las sentencias que seguidamente se citan en las que se analiza la naturaleza de los indicados pluses y los presupuestos que deben concurrir:

1) La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1994 (R.A. 7436) señala en su Fundamento de Derecho Tercero que: ..., no es misión o cometido de los Convenios Colectivos, el modificar la Legislación Estatal en materia relativa a definir el concepto de salario, ni a determinar cuál o cuáles sean las cantidades que han de estar sujetas a cotización,...

En su Fundamento de Derecho Cuarto que: ..., es procedente entender, que bajo ese concepto adquisición de prendas de trabajo, se puede y debe entender incluido, también el plus o indemnización por conservación de vestuario,...

Y en su Fundamento de Derecho Quinto: Ahora bien, si a la vista de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley General de la Seguridad Social, se puede y debe entender que en el concepto suministro de vestuario, está implícito el de conservación del mismo, hay seguidamente que señalar que ello así será, siempre que concurren los siguientes presupuestos: a) que la empresa tenga la obligación de suministrar el vestuario, la prenda de trabajo; b) que la indemnización, el plus, sea en cantidad adecuada al fin a que se destina, limpieza y conservación, y c) que sólo pueden percibir el plus, aquellos empleados que tengan derecho y realmente hayan recibido la prenda de trabajo,...

2) Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1995 (R.A. 4340) alude en su F.D. Tercero a la Sentencia de 11-10-94 en cuanto se refiere a lo que menciona como excluido de la misión o cometido de los Convenios Colectivos y también en su Fundamento de Derecho Cuarto menciona que: ..., sin olvidar, cual ya ha declarado esta Sala, respecto a la indemnización por el concepto de suministro de vestuario, en la sentencia citada de 11-10-94 que es preciso que la Empresa tenga la obligación contraída de suministrar vestuario y que su importe sea adecuado al fin a que se destina, prescindiendo por tanto, de cuál sea la categoría del puesto de trabajo o el sueldo a él asignado, y en el caso de autos, cual refiere la sentencia apelada, los únicos datos que respecto a las pretendidas indemnizaciones aparecen, muestran una asignación incompatible con la naturaleza y el fin del plus, por lo que no se puede estimar como tal.

3) La Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1995 (R.A. 5204), recurso de casación contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28-2-94 en procedimiento de impugnación de convenio colectivo en su fundamento de Derecho segundo señala que en el presente caso se debe entender, después del examen del conjunto del convenio, que la cláusula impugnada es ilegal pues se advierte que se ha tratado de reconocer a los trabajadores unos complementos retributivos que tienen naturaleza salarial, pero eludiendo al mismo tiempo el coste que supone el pago de cotizaciones a la Seguridad Social... Esta consideración se fundamenta en lo siguiente:

- a) El importe de la gratificación por vestuario resulta desproporcionado en relación con la cuantía del salario base, pues supone en la mayor parte de los casos más de un 10 % de la retribución básica, y en algunos de acerca al 20 %,...
- b) El convenio no contiene un compromiso que obligue a todos los trabajadores a utilizar determinada clase de vestimenta, lo que podría justificar su elevado importe y, sobre todo, llama la atención que respecto de determinadas categorías, como las de los profesionales de oficio, mozos, conductores y, en especial, el personal de limpieza que no actúan atendiendo al público tengan unas gratificaciones cuyo importe no resulta justificado;
- c) Es también significativo, de un lado, que la cuantía del concepto citado se distribuya en proporción a las categorías profesionales sin tener en cuenta si su labor se realiza frente al público, al que muchos tienen que atender pero a otros no les corresponde tal función y, por otra parte, que sólo se reduzca la gratificación en atención a la edad del trabajador sin tener en cuenta el contenido de las tareas que tienen que realizar...
- d) ... El pagar mensualmente la llamada gratificación revela un signo de su carácter retributivo sobre todo si se atiende a que también se hace efectiva en la época de vacaciones, lo que no resulta consecuente con la naturaleza que se pretende otorgar al concepto debatido;
- e) El congelar la “gratificación” en el convenio impugnado y trasladar su incremento al salario base tampoco es coherente con el carácter compensatorio que se pretende atribuir a aquélla, pues normalmente en la negociación colectiva, cualquiera que sea el incremento mayor o menor pactado sobre los salarios, la tendencia dominante consiste en ajustar el importe de las indemnizaciones o suplidos a la cuantía real y efectiva del gasto satisfecho por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral que depende de factores ajenos a la posibilidad de

incrementos salariales y parece poco razonable que el designio de la cláusula de exigir una presencia digna a los trabajadores mantenido por los convenios de este sector se minusvalore en el que hoy se impugna para mejorar el salario base, como si ya mereciera menos interés la presentación de los trabajadores;

Dietas.

La exclusión quedará condicionada a que las cantidades respondan a tal concepto. La dieta es una percepción económica, de naturaleza extrasalarial, que tiene por finalidad compensar al trabajador de los gastos que tiene que realizar (comidas, pernoctación, etc.) por desempeñar su trabajo, por cuenta de la empresa y de modo temporal, fuera del centro o lugar habitual de trabajo.

En tal sentido, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1991 (R.A. 4099) declara que ...era pues el Centro o lugar habitual desde el inicio al fin previsto de la relación laboral. Quiebra por tanto aquí el elemento consustancial al concepto de dieta, esto es, la necesidad de un desplazamiento temporal del Centro de trabajo habitual a otro distinto (F.D. Tercero). Consecuentemente, las cantidades percibidas por los trabajadores aludidos en el Acta, bajo el calificativo de dietas, al no poderse subsumir en tal concepto, y recibirse por razón del trabajo prestado, son parte de la “remuneración total” -art. 73.1 de la Ley de Seguridad Social-. ... (F.D. cuarto). También la Sentencia de la misma Sala de 1 de octubre de 1996 (R.A. 7172).

Plus extrasalarial (gastos de transporte).

No procede cotizar por tal concepto. Entiende la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social que el “plus extrasalarial” regulado en el artículo 62 del Convenio Estatal para la actividad de fabricación de Tejas, Ladrillos y Piezas de Arcilla Cocida, al tener como finalidad la compensación, de manera general y colectiva, de los gastos de transporte que deben realizar los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, no debe computarse en la determinación de la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 73 de la LGSS texto refundido de 1974. (I. y D. 2/94 Pág. 346).

Procede cotizar en supuestos de duplicidad de compensaciones por el mismo concepto y causa. En subsectores afines al anteriormente citado (Construcción, Derivados del Cemento, etc.) cuando concurren junto con el plus extrasalarial otros conceptos económicos cuya causalidad reside en compensar el traslado de los trabajadores desde sus domicilios al centro de trabajo, en los siguientes casos:

- a) Empresas que, además del plus extrasalarial, abonan a sus trabajadores un plus de transporte independiente de aquél.
- b) Empresas que además de dicho plus abonan a sus trabajadores cantidades a razón de una cantidad en función de la distancia entre su domicilio y el trabajo.
- c) Empresas que además de dicho plus transportan a los trabajadores a su cargo en autobuses, microbuses, etc.

Al abonarse simultáneamente con el referido plus otros conceptos retributivos cuya causalidad reside en compensar el traslado de los trabajadores desde sus domicilios al centro de trabajo, o bien realizarse el transporte, que a su vez se indemniza, con medios puestos a disposición por la empresa, ha de entenderse que existe una clara duplicidad de retribuciones exentas de cotización a la Seguridad Social. (Exp. de consulta 1877/94).

2) INDEMNIZACIONES.

Contratos temporales para fomento del empleo. Cantidades abonadas a los trabajadores a su terminación.

No procede cotizar por las cantidades abonadas a los trabajadores a la terminación de los contratos temporales para fomento del empleo celebrados al amparo del Real Decreto 1989/84, de 17 de octubre, así como a la de los contratos temporales para fomento del empleo tanto de 1994 como para 1995, como respecto de los que puedan celebrarse en el futuro al amparo de lo establecido en el artículo 17.3 del texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, según el cual, a la terminación de los mismos se tendrá derecho a la compensación económica que reglamentariamente se establezca.

De dictamen de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, se desprende taxativamente, que dicha compensación económica tiene por objeto “resarcir al trabajador por su cese forzoso en la empresa”, teniendo claramente naturaleza indemnizatoria o compensatoria, y estando por tanto excluido de cotización a la Seguridad Social, al quedar comprendido dentro del supuesto de exclusión a que se refiere el artículo 109.2.b) de la Ley General de la Seguridad Social 1/94, de 20 de junio. (Exp. de consulta de esta D.G. 2039/95).

Indemnización causada por la extinción del contrato de trabajo por el fallecimiento del empresario.

No procede cotizar por tal concepto. La cantidad equivalente a un mes de salario no integra la base de cotización a la Seguridad Social, teniendo encaje, dada su naturaleza y finalidad, en el apartado 2.b) del artículo 109 de la vigente Ley General de la Seguridad Social. (Escrito de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 8-5-96).

Vivienda.

No procede cotizar por tal concepto en caso de ocupación de vivienda proporcionada a causa de traslado del trabajador, dado su carácter indemnizatorio, no computable en la base de cotización del trabajador. (S.T.S., S^a 3^a de 26-4-96 R.A. 3768). Señala el primer párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de dicha sentencia que la normativa aplicable viene determinada, en concreto, por el art. 73.1 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que no determina expresamente como excluido de la base de cotización el denominado “plus de vivienda” sino que establece como no computable en la base de cotización, entre otras: b) “las indemnizaciones correspondientes a traslados”, criterio jurídico que ratifica el artículo 26.2 del ET, que ha considerado incluida como tal indemnización la dotación de vivienda por la empresa, desde las Sentencias de la antigua Sala Sexta y hoy Cuarta de 20 de junio 1985, 22 mayo 1985 ó 2 febrero 1989.

3) LAS MEJORAS VOLUNTARIAS.

Descuentos por compras.

Descuentos por compras, art. 46 convenio colectivo de Grandes Almacenes.

Si bien es discutible, este concepto, en la antigua redacción del art. 109 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social no es cotizante ya que no retribuye trabajo “efectivo” ni tiempos de descanso. La Sentencia de la Sala Tercera Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo de fecha 24-6-86, hace la distinción entre salario debido por realización efectiva de trabajo y otras ventajas que se derivan del status de ser trabajador en la empresa, pero que no se derivan directamente del trabajo, y que por lo tanto no tienen consideración de salario y, en definitiva, no son cotizables.

Sin embargo, dada la modificación el apartado 2 del art. 109 de la L.G.S.S. llevada al efecto por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social el criterio mencionado puede resultar alterado, de no considerar “los descuentos por compras” una asignación asistencial. (Exp. de consulta 2542/97).

Préstamos a bajo interés concedidos por las empresas.

Respecto a los concedidos voluntariamente por las empresas, antes del 31-12-96, tienen el carácter de salario en especie las cantidades resultantes de la diferencia entre el interés concedido y el legal del dinero, por paralelismo con la normativa fiscal. Pero al ser voluntarios, entendemos que no son cotizables, art. 109.2.d) LGSS en su antigua redacción. Respecto a los concedidos después del 1-1-97, siguen siendo salarios en especie concedidos voluntariamente por las empresas, pero solamente se excluirán de cotización hasta el límite que se fije reglamentariamente.

Respecto a los concedidos obligatoriamente (o sea, principalmente por aplicación de convenio colectivo o de contrato individual), la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social se inclina por considerar que son cotizables, pero teniendo en cuenta la actual tramitación del Real Decreto que desarrolla reglamentariamente el art. 109 L.G.S.S. aconseja que, para mayor seguridad jurídica, se espere a la entrada en vigor del mismo. (Exp. de consulta 2551/97).

4) LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS MEJORAS.

Aportaciones a planes de pensiones o de jubilación.

No procede cotizar por tal concepto. Lo dispuesto en orden a la exclusión de la base de cotización de las mejoras voluntarias de la acción protectora debe aquí aplicarse analógicamente y, por tanto, las aportaciones que realicen las empresas a favor de sus trabajadores en Planes de Pensiones o de Jubilación, no deben formar parte de la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social. (I. y D. 2/91 C-10).

Ayudas de acción social.

No procede cotizar por las ayudas de acción social establecidas para el personal que presta servicios tanto en el Departamento, como en el Organismo Autónomo Fondo de Garantía Salarial. La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en escrito de 12 de junio de 1996 viene a considerar excluidas de cotización las siguientes:

- * Ayudas asistenciales para que los empleados públicos afiliados al Régimen General de la Seguridad Social, tengan dentro del área de salud las mismas prestaciones que los funcionarios afiliados al régimen de MUFACE: gafas, dentista, estomatólogo, prótesis, plantillas, ortopedias, ortodoncias, etc.
- * Ayudas Extraordinarias, con las cuales se pretende, en la medida de lo posible, ayudar en aquellas situaciones de carácter extraordinario que afecten preferentemente al área de salud y no estén cubiertas por otras Instituciones o Entidades, así como ayudas a la Tercera Edad, destinadas a aquellas situaciones que se plantean a los empleados públicos que tienen a su cargo a sus padres o suegros, exclusivamente, que conviven con ellos, y que necesitan un cuidado especial, por estar afectados por algún tipo de incapacidad que no les permite valerse por si mismos.
- * Ayuda para transporte.
- * Ayuda por fallecimiento. Pretende cubrir en parte los gastos de sepelio, ocasionados como consecuencia del fallecimiento del personal funcionario o laboral.

- * Ayuda para hijos de los empleados públicos, prevista para sufragar en la medida de lo posible los gastos ocasionados a los empleados públicos, como consecuencia de los estudios que cursen sus hijos, dentro de los distintos ciclos educativos..., así como para hijos menores que, por su edad, no estén dentro de ninguno de estos ciclos.
- * Ayuda para campamentos.
- * Por último, en relación a la ayuda para formación personal y promoción profesional de los empleados públicos, dicho Centro Directivo reconoce que el concepto indicado plantea dudas razonables en cuanto a que, atendiendo su naturaleza jurídica, pueda tener encaje en lo que la Jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal denomina “definición positiva” de la base de cotización, contenida en el apartado 1 del artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social.

Por ello, al no haber elementos concluyentes que determinen de manera indubitada el carácter cotizante de este concepto, se estima conveniente mantener la exclusión de cotización del mismo.

Cantidad que el convenio general del sector de la construcción (res. 4-5-92) prevé en supuestos de invalidez derivada de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

No procede cotizar por la cantidad que en concepto de indemnización por invalidez permanente en los grados previstos y derivada de las contingencias profesionales se abone al trabajador, no forma parte de la base de cotización a la Seguridad Social. (Escrito de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 8-5-96).

Mejoras voluntarias de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social.

Los requisitos que según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, deben reunir las ayudas de distinta clase para poder ser conceptuadas como mejoras voluntarias de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social son:

En primer lugar, es necesario que se establezcan sobre una prestación del Sistema de Seguridad Social. La ayuda, por consiguiente, deberá concederse como complemento o mejora voluntaria de alguna de las prestaciones que comprende la acción protectora de la Seguridad Social.

En segundo lugar, la ayuda deberá consistir en servicios o prestaciones no cubiertos en todo o en parte por dicha acción protectora.

Finalmente debe darse una clara adecuación de su cuantía al fin a que se destina el complemento de que se trate.

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha estimado que las ayudas por hijos podían considerarse como mejoras voluntarias de las prestaciones familiares por hijo a cargo en su modalidad contributiva.

Recientemente la nueva redacción del art.109.2 de la LGSS, a falta del desarrollo reglamentario que se anuncia, contempla incluso “las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas” entre los conceptos no computables en la base de cotización. (Exp. de consulta 2526/96 relativo a complemento de ayuda escolar y ayuda a hijos minusválidos de convenio colectivo de empresa).

Suscripción de póliza con una entidad médica, mediante el abono de la correspondiente aportación por parte de la empresa, obteniendo los trabajadores determinadas mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social.

No procede cotizar por tal concepto. Las cantidades abonadas en concepto de pólizas por Seguros médicos no quedan sujetas a cotización a la Seguridad Social, al amparo de lo dispuesto en el apartado f) del número 2 del artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social, por estimar que se trata de mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social, cuando los beneficios sanitarios concedidos por tal seguro a beneficiarios de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social consistan en servicios o prestaciones no cubiertos -en todo o en parte- por la misma. (Escrito de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 15-4-96, Exp. de consulta de esta Dirección General 2312).

Ticket-guardería.

No procede cotizar por tal concepto. La cuestión conduce a analizar la naturaleza salarial o extrasalarial del ticket-guardería. En tanto el mismo se conceda en atención a las cargas familiares, el mismo, aunque lógicamente tenga conexión con el contrato de trabajo, no tiene su causa inmediata y directa en la prestación de servicios del trabajador sino en la existencia de tales cargas. Debe concluirse, por tanto, que desde la perspectiva del ordenamiento laboral no podrá ser calificado como salario en tanto la causa directa de su concesión no es el trabajo prestado sino las circunstancias familiares del trabajador. (I. y D. 2/91 Pág. 363).

5) LAS HORAS EXTRAORDINARIAS.

Excesos de jornada efectuados en concepto de atención continuada, personal eventual del insalud.

El concepto de atención continuada es el destinado a remuneración del personal para atender a los usuarios de los servicios de salud de manera continuada incluso fuera de la jornada establecida.

El concepto retributivo de horas extraordinarias es estrictamente laboral y no es aplicable al personal administrativo y tampoco al personal específicamente estatutario de la Seguridad Social. Es claro que si no existe el concepto de horas extraordinarias, en este ámbito, no se puede cotizar por el mismo, ya que las normas de cotización se refieren al concepto definido en el Estatuto de los Trabajadores. La cuantía percibida por atención continuada formará parte de la base de cotización según el art. 109 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, R.D. Legislativo 1/1994 de 20 de junio, sin que quepa ninguna cotización adicional por ella. (Exp. de consulta de esta Dirección General 1917/94).

Horas de presencia en el sector transporte.

No podría atribuirse carácter de horas extraordinarias a las horas de presencia, por lo que, a efectos de cotización a la Seguridad Social, por las retribuciones percibidas por estas últimas, no serían aplicables las normas que regulan la cotización adicional por dichas horas extraordinarias. Es decir, quedarán sujetas a cotización de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.1 (hoy será el 109.1) de la Ley General de la Seguridad Social. (Escrito de 26-3-92 de la entonces Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, Exp. de consulta 1152/91, C-17 I. y D. 1/92).

También en escrito del mismo Centro Directivo de 19-2-93 (C-7 I. y D. 1/93) se alude a dos decisiones de nuestro Tribunal Supremo: S.T.S. de 20-1-92 (R. 52) y 24-6-92 (R. 4669), reiteran que las horas extraordinarias implican un trabajo efectivo, o lo que es lo mismo - S.T.S. de 24-6-92 - Fundamento de Derecho Tercero - que entra dentro del concepto de hora extraordinaria “aquella que sobrepasando la jornada máxima legal o convencional responde a una tarea ocupacional con existencia real, efectiva y actual; es decir, que lo excluido por el mencionado concepto son diversos supuestos de hora de disponibilidad, cual las horas de mera presencia física y ausencia localizable”.+

Madrid, 17 de Abril de 1997

Vº Bº
EL DIRECTOR GENERAL

Fdo.: F. Javier Minondo Sanz

Vº Bº
LA SUBDIRECTORA GENERAL

Fdo.: Avelina Llordén Miñambres

SR. JEFE DE LA INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.
(ENVIADO A TODAS LAS PROVINCIAS).