

CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE SOCIEDAD

LA PARTICIPACION EN BENEFICIOS COMO DEFINITORIA DE LA NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA

INTRODUCCION

Uno de los acaecimientos más importantes ocurridos en el mundo jurídico contemporáneo ha sido y es el fenómeno expansivo del hecho del trabajo, que ha venido a desbordar el estrecho marco de las instituciones que tradicionalmente lo enmarcaban, acarreado con ello el cúmulo de efectos que suceso de tal trascendencia necesariamente había de llevar consigo. Y al hablar del hecho del trabajo, lo hacemos en sentido amplio, refiriéndonos a la realidad sociológica que supone el mero empleo del «esfuerzo laboral humano en el curso y en los resultados del proceso de producción de bienes y servicios», sea la labor realizada por cuenta y dependencia ajena, ya lo sea en régimen de trabajo autónomo, o incluso la actividad desarrollada en régimen societario y de paridad de posición entre las partes contratantes (1). Esa propia expansión antes aludida, desbordadora de los cuadros institucionales clásicos, ha sido causa de que haya podido hablarse de «zonas grises» en el Derecho del trabajo, expresión ésta de fortuna desproporcionada, desde cualquier plano que se la contemple (2).

De lo que hasta aquí dicho queda, da fe el hecho de que resoluciones dicta-

(1) Valga para ello la terminología empleada por el Decreto de 21-IX-61, sobre ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena.

(2) En efecto, desde un punto de vista de *lege data*, esas difuminadas figuras jurídicas que forman esa parcela oscura del Derecho del Trabajo, aparecen expresamente excluidas de la positividad del ordenamiento laboral vigente, si bien la exclusión esté fundada, sólo relativamente, en razones de tipo político o sociológico; de *lege ferenda*, a la doctrina no se le ofrecen dudas acerca de la naturaleza laboral de las mismas, y centra sus esfuerzos en su incorporación al ordenamiento específico que debe ampararlas.

Algo parecido deja entrever ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, tomo II, pág. 102.

das en el orden civilístico puro se vean determinadas por cuestiones laborales, con lo que el especialista en estas últimas necesariamente ha de bucear en aquella esfera, si ha de sincronizar su interés con el *tempo* de la materia que constituye el objeto del mismo.

Y este es el supuesto con el que el comentarista se ha enfrentado al examinar la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo y encontrarse con la sentencia de 22 de mayo de 1961, dictada en resolución de cuestiones derivadas de locación urbana. En la litis se postulaba la resolución del correspondiente contrato de arrendamiento sobre local de negocio, destinado a clínica veterinaria y herradero de semovientes, por causa de subarriendo, siendo desestimada tal pretensión en base a la siguiente resumida doctrina:

No constituye subarriendo y sí relación laboral, la presencia en el lugar arrendado de un operario, cuya retribución resulta señalada en su totalidad por participación en los beneficios o ganancias, que se calculan, una vez deducidos todos los gastos entre los que se cuenta el material empleado, renta del local, contribuciones, agua, luz, etc., conclusión fortalecida porque los trabajos que prestaba el tercero no son de libre ejercicio, sino que por ley están encomendados a los veterinarios bajo cuya dirección se desarrollan.

El comentario sobre la doctrina recién expuesta que seguidamente se iniciará, habrá de circunscribirse al aspecto laboral de la misma, prescindiendo de la cuestión arrendaticia discutida. A tal efecto, consideramos de suma utilidad la distinción entre contrato de trabajo y sociedad, lo cual habrá de servirnos de punto de apoyo en los que asentar la investigación que se pretende.

I. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO DE TRABAJO Y SOCIEDAD

A primera vista, ambas figuras jurídicas pueden confundirse entre sí, sobre todo cuando concurren determinadas circunstancias en los elementos básicos que las constituyen. Así, por lo que atañe a la sociedad, si las aportaciones de los socios consisten en el mero ejercicio de una actividad al servicio de la propia sociedad —la llamada aportación industrial—, que si es genérica y obligatoria para todos los socios la naturaleza social de la relación se nos ofrece clara, ésta se difumina un tanto cuando las aportaciones sociales unas son de industria y otras de capital. Por otro lado y por lo que al contrato de trabajo respecta, igualmente la confusión aparece como posible, cuando la retribución del trabajador está constituida por participación en los beneficios de la empresa.

Pero el contrato de trabajo como el de sociedad, tienen notas tan típicas y características que práctica y teóricamente la confusión resulta imposible. De esta manera, es de todo punto definitiva la presencia de una u otra institución, la concurrencia o no de la nota de dependencia que hace que, mientras en la sociedad los socios están en un plano de paridad absoluta, sean sus aportaciones de capital o industria, en el contrato de trabajo se da una situación de subordinación que estimamos esencial por la organización jerárquica empresarial o patronal que comporta toda relación de trabajo por cuenta ajena. Además, en el contrato de trabajo, el trabajador es, esencialmente también, ajeno por completo al riesgo de empresa, y, en consecuencia, tiene derecho al percibo de su salario cualquiera que sea el resultado económico de la gestión empresarial, a la que también es ajeno; en cambio, en la sociedad, el socio industrial, como propia consecuencia de su participación en la gestión y dirección de la empresa, la remuneración de sus servicios tiene necesariamente carácter aleatorio y está expuesta a las vicisitudes y eventualidades del resultado económico final, y caso de ejercicio negativo, su esfuerzo y sus servicios a la sociedad resultarán baldíos, desde el punto de vista remuneratorio.

Aún se señalan por la doctrina otras notas comunes y dispares; entre las primeras destacan *la duración*, en cuanto ambos contratos comportan una relación de tracto sucesivo que tiende a dilatarse en el tiempo sin solución de continuidad; también es común la perfecta admisibilidad de *prestaciones personales o de servicios*, si bien en el contrato de trabajo ésta se configura como una prestación de trabajo, en sentido laboral neto, y, por último, por lo que a *la organización respecta*, ambas instituciones la requieren en base a la consecución del fin de empresa, tanto en lo que ésta entrañe de unidad técnica como en lo que supone de unidad económica de producción. Las notas diferenciativas se centran en *el fin perseguido por las partes en el contrato*, como consecuencia de la paridad o disparidad de posiciones en su seno, que hace que aquél sea común en el de sociedad y dispar en el de trabajo, en el que se afirma con un punto de vista nada teórico no existir la muy pregonada colaboración, sino que lo que se da realmente es un cambio de prestaciones y una evidente contraposición de intereses (3).

(3) Véanse sobre el particular, RIVERO-SAVATIER: *Droit du Travail*, París, 1956, página 259; DURAND-VITU: t. II del *Traité de Droit du Travail*, págs. 273 y sigs.; ROUAST-DURAND: *Précis de Droit du Travail*, París, 1957, pág. 394; BRUN-GALLAND: *Droit du Travail*, Sirey, París, 1958, págs. 291 y sigs.; NAPOLETANO: *Il Lavoro Subordinato*, Milán, 1955, págs. 173 y sigs.; DE LITALA: *Il Contratto di Lavoro*, Turín, 1956, pág. 63; RIVA SANSEVERINO: *Contratto Individuale di Lavoro*, en Borsi-Pergolesi, 1958, págs. 98 y siguientes; MAZZONI: *Manuale di Diritto del Lavoro*, 1958, págs. 209 y sigs.; MOLTOR ERICH: «Rapporto di Lavoro e Rapporto Sociale», en *Riv. delle Società*, vol. IV.

No obstante todo lo que llevamos dicho, es obligado admitir que el contrato de trabajo puro ha visto incidir sobre sí determinados elementos que, a simple vista, parecían incompatibles con su naturaleza propia, ciertamente inmutable a pesar de todo. Los últimos tiempos han traído instituciones en virtud de las cuales los trabajadores se responsabilizan teóricamente, al menos, en los resultados y en la dirección de la gestión de empresa (4). Se dice, en general para justificación, que los trabajadores conocen mejor, incluso que el propio empresario, las mil y una incidencias de la marcha y desenvolvimiento técnico de la empresa, lo cual implica un juicio temerario sobre las cualidades directivas y organizativas del jefe de una empresa y de su personal colaborador. Pero lo que realmente justifica la intervención obrera en la gestión y dirección organizativa, es el hecho de que el trabajador no es, ni con mucho, totalmente ajeno al riesgo de empresa; la quiebra o ruina de una empresa supone la pérdida de su patrimonio, y en los casos de sociedades anónimas la pérdida para el accionista de su aportación dineraria, pero para el trabajador comporta también la pérdida total de su único patrimonio; cuando menos temporalmente, hasta que vuelva a surgir la posibilidad de volver a contratar su fuerza de trabajo, que incluso puede tener que encaminarle hacia otra actividad con todas las consecuencias que ello implica (5).

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Sentadas las bases que anteceden, sobre las cuales vamos a apoyar las argumentaciones que han de sucederse, pasamos a examinar la doctrina jurisprudencial, objeto de este comentario. Para ello nada mejor que la investigación sobre los distintos elementos que concurren en la relación jurídica que vincula a arrendatario y tercero, para concluir sobre la posible naturaleza de la misma.

a) *El lugar de la prestación de servicios.*—El hecho de que los trabajos del veterinario y del herrador se prestasen en un mismo y único lugar, nada nos puede decir sobre la naturaleza de la relación jurídica que investigamos; tanto

1959, págs. 835 y sigs.; DIAMOND: *The Law of Master and Servant*, Londres, 1946, páginas 23 y sigs. y 48.

(4) Tendencia que, no obstante estar admitida por la generalidad de la doctrina (en especial las citas anteriores relativas a Rivero-Savatier y Brun-Galland), nada dice sobre la esencial inmutabilidad del contrato de trabajo.

(5) De la realidad de este riesgo da fe el conjunto de medidas estatales relativas a la protección del desempleo, readaptación y formación profesional acelerada. Por Orden de 21-VIII-61 se aprueba el plan de inversiones del Patronato del Fondo Nacional de Protección del Trabajo, en el que se destinan a las atenciones antecitadas la suma de 450 millones de pesetas.

puede ser una relación de trabajo subordinado, como de sociedad, o incluso tratarse de trabajos por cuenta propia y desarrollo de actividades distintas. Es claro que la naturaleza de esta relación, distinta en cada caso, necesariamente habría de afectar a la cuestión arrendaticia discutida en autos, como realmente sucede en el caso que nos ocupa, dado que al ser considerada como contrato de trabajo, se desestima la resolución contractual pretendida por la demanda, pero ésta es materia que, como ya afirmamos, queda totalmente al margen de los fines de este comentario.

b) *El elemento de la subordinación o dependencia laboral.*—Se afirma, o se deja entrever la afirmación, en la sentencia de que la relación mantenida entre el arrendatario, de profesión y título académico de veterinario, y el tercero, herrador de oficio, era una relación de trabajo subordinado y dependiente.

La realidad es que la resolución jurisprudencial está referida a una cuestión ajena por completo a la esfera laboral, de la que sólo se pretenden extraer los elementos auxiliares precisos para la sustentación de una tesis enmarcada en otro orden jurídico específico. Por ello, los conceptos laborales se dejan en el aire, sin que se considere necesario una mayor precisión, siendo ésta la labor del comentarista.

El elemento de la subordinación parece derivarlo la sentencia del hecho de que los trabajos de herrería «no son de libre ejercicio, sino que por ley están encomendados a los veterinarios, *bajo cuya dirección se desarrollan*». Se parte, como es lógico, de la premisa implícita de que el trabajo concreto de herrar caballerías u otros semovientes, no es nunca realizado material y personalmente por los mismos veterinarios, a los que la ley parece reservar una función de simple vigilancia y dirección de la labor concreta de herrar, que es efectiva y realmente llevada a cabo por los herradores. Pero si nada hay que oponer a la parte negativa de la premisa —los trabajos efectivos no son realizados por los veterinarios—, nos sucede todo lo contrario en lo que tiene de afirmativo, esto es, en lo relativo a la dirección y vigilancia de esos trabajos. Para negar que esto sea cierto, hemos de parar mientes en la naturaleza de estos trabajos, caracterizados por un esfuerzo físico determinado y por una determinada habilidad manual, sin exigencia de conocimiento científico alguno, ni menos de título académico. Si acaso podemos admitir que se trata de actividades complementarias, en cierto modo, y que ello explica, también de forma relativa, que normalmente en un mismo local estén instalados una clínica veterinaria y un taller de herrería, al igual que sucede con otras muchas actividades (zapatero de portal, instalado en un local de lustrado de zapatos); el régimen que entre sí establezcan los usuarios del local, podrá ajustarse a cualquiera de las formas anteriormente citadas, esto es, contrato de trabajo, sociedad o trabajos por cuenta propia.

En éste, como en otros muchos supuestos, es digna de ser tomada en cuenta y considerada en todo su valor la primacía de la situación de hecho (6), que no pueden olvidar ni el legislador ni el juez, sobre la mera ficción jurídica, que cuando es solo tal no se apoya en la verdad y la certeza de la realidad sociológica que constituye el presupuesto sobre el que se sustentan los criterios y juicios de valor auténticamente jurídicos.

Pero en la sentencia no es posible adivinar o descubrir la existencia de una relación de subordinación, aunque en ella se dé por admitida, quizás con excesiva precipitación. Desconocemos las distintas fases e incidencias del expediente judicial, sobre todo cuanto respecta a la prueba, lo cual hubiese ofrecido un positivo interés. Si se accionó por subarriendo, a la parte actora correspondía probarlo, pero si el demandado excepcionó la existencia de una relación de trabajo dependiente, a ella correspondía la carga de su prueba, como hecho impositivo, incluso acudiendo al declarativo laboral previo, en el que se determinara la naturaleza jurídica de la relación *inter partes*; de gran interés, repetimos, hubiera resultado la constatación de los criterios indiciarios seguidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (7) para estimar la existencia de una relación de dependencia, que mucho nos tememos no hayan sido tenidos en cuenta —e incluso estaríamos por afirmar, con riesgo de osadía, la falta de afiliación y cotización por Seguros Sociales, que si negativamente no prueba nada, valorada en conjunto con otras notas concurrentes en el caso presente hubiere arrojado un resultado probatorio positivo—, por no ser materia específica de la jurisdicción civil común; aunque, a decir verdad, la independencia de las jurisdicciones no es tan absoluta como para justificar ese desentendimiento mutuo, en lo que estimamos se está llegando excesivamente lejos por la jurisprudencia laboral.

Insistimos en lo interesante de tal constatación, habida cuenta de que el elemento de la dependencia es esencial y definitorio en grado sumo de las relaciones laborales; en ello disentimos de la generalidad de la doctrina nacional y extranjera, que no estima la dependencia como tal, reduciendo su importancia a considerarla como elemento simplemente natural o normal del contrato

(6) Expresión ésta utilizada por DEVEALI M. en *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, B. A., 1956, pág. 266, si bien referida a otras cuestiones.

(7) El concepto de dependencia no está construido y el T. S. se ha visto obligado a configurarlo por vía de indicios, sospechándose su presencia en los supuestos de remuneraciones bajas, jornada fija y regular, determinación por el empresario del lugar de prestación de los trabajos, restricción de las facultades del trabajador en torno al trabajo a ejecutar, exclusividad combinada con jornada fija, no estar afiliado a los Seguros sociales. Como es lógico, dichos indicios juegan a la vista de la situación de hecho y combinados entre sí, si bien es preciso admitir la revisión de los mismos, máxime con la incorporación al ámbito laboral de los representantes de comercio.

de trabajo (8), aunque no tengamos inconveniente en admitir la revisión de los criterios y su valoración.

c) *La retribución.*—A dicho elemento, la sentencia parece no darle mayor importancia, a los efectos definitivos de la naturaleza jurídica de la relación contractual vinculante de arrendatario y tercero, siendo así, y por el contrario, que es de suma relevancia a tal fin. Da por sentado que los trabajos se realizan bajo dependencia laboral, «*sin que —se afirma por aquélla— tampoco desvirtúe la naturaleza de asalariado del tercero el que cobrara por participación en los beneficios, ya que es modo legal de percibir el salario, conforme a la Ley laboral y doctrina jurisprudencial sobre la materia ... y por costumbre que existe en su realización de pagar a los auxiliares con parte de las ganancias deducidos todos los gastos, entre los que cuentan material empleado, luz y renta del local*». De esta afirmación se deduce, sin lugar a dudas, que la remuneración del tercero ajeno a la relación arrendaticia urbana, se componía en su totalidad y se nutría exclusivamente de dicha participación en beneficios, los cuales se liquidaban previa deducción de todos los gastos (agua, luz, renta, contribuciones, material empleado, etc.). Sobre esta afirmación vamos a centrar nuestra investigación, adelantando que nos llevará a conclusiones dispares a las sentadas por la sentencia.

La realidad es que no tenemos más remedio que aceptar que dicha forma de retribución, constituida en su totalidad por participación en los beneficios de la empresa, está de acuerdo con el ordenamiento laboral vigente, que así lo tiene admitido en el artículo 44 de la L. C. T. y en el reciente Decreto de 21 de septiembre de 1961 (arts. 4.º-7.º) (9). Pero si ello es cierto, no lo es menos que, en la relación laboral auténtica, la participación en beneficios no

(8) ALONSO OLEA estima que es simplemente un elemento natural del contrato (Lecciones de cátedra, curso 59-60).—Respecto a su esencialidad, el propio T. S. expresa que «la dependencia es nota esencial y característica» (S. 3-I-42) y que «tipifica sustancial e inexorablemente al C. de T.» (S. 21-XI-52); DIAMOND señala que la relación entre empresario y trabajador existe «cuando una persona (*servant*) está sometida al control de otra (*master*)», op. cit., pág. 1.—Interesantísima al respecto la sentencia del T. S. de 26 noviembre 1944.

(9) Artículo 44 L. C. T.: «Si se hubiere convenido que la remuneración consista total o parcialmente en la participación en los beneficios de la empresa, o sólo en algunos determinados de la misma, o dependiera de ellos la cuantía de la remuneración restante, se liquidarán aquéllos y ésta anualmente, en cuanto se hubiese fijado el balance.»

El artículo 4-6.º D. 21-IX-60 expresa que no forman parte del salario «la participación directa en los beneficios de la Empresa, salvo que se hubiera convenido que dicha participación constituya total o parcialmente la remuneración directa del trabajo, o se haga depender de los beneficios también en todo o en parte la cuantía de la remuneración directa a que se refiere el artículo 2.º del Decreto».

es más ni puede ser más que un complemento del salario, que necesariamente ha de tener un mínimo garantizado reglamentaria o paccionadamente (10). Con ello, es claro que la regulación legal al respecto supone no sólo una posibilidad meramente teórica, sino incluso perturbadora de la naturaleza y esencia del contrato de trabajo, que sin duda se desvirtúa con esa forma de retribución, como intentaremos demostrar a continuación.

1) El que la remuneración del trabajador consista en su totalidad en una participación en los beneficios de la empresa, comporta estar a la parte en las ganancias, esto es, estar al resultado que arroje el balance del ejercicio económico social, lo que implica que, si aquéllas no se dan, por cualquier clase de circunstancias, el trabajador no percibe retribución por el trabajo que ha prestado sin posibilidad de reversión. Con ello estamos diciendo que el trabajador, en este caso, queda expuesto a la propia aleatoriedad del riesgo típico de empresa, es decir, se identifica con ella; en una palabra, se ha convertido en socio de la misma, expuesto a ganancias y pérdidas, puesto que pérdida es para él no percibir nada por su prestación de trabajo, convertida en este caso concreto en una aportación de industria. Estamos, en suma, en presencia no de un contrato de trabajo, sino de un contrato de sociedad (11). En la sentencia se hace alusión a la costumbre, como fuente de este tipo de relación profesional, pero es claro que nunca podrá pesar tanto como para transmutar la propia naturaleza jurídica del contrato.

2) Examinado el artículo 44 en su conjunto, aún nos afirmamos más en el mantenimiento de nuestra tesis. Así establece que la liquidación de la remuneración será anual, como consecuencia de que anualmente se liquidarán los beneficios, al fijarse el balance del ejercicio económico correspondiente. Y, a menos que la participación en beneficios sólo constituya el complemento parcial de un salario mínimo garantizado, nos preguntamos, ¿qué economía familiar obrera soportaría esa liquidación anual de la remuneración de un trabajo prestado día a día? Y obsérvese que el texto, contra costumbre, no alude a la salvedad del pacto en contrario, que a nosotros nos parecerá perfectamente justificado en este caso (12). No se nos oculta que los anticipos constituyen el así

(10) RIVERO y SAVATIER: op. cit., pág. 259; ROUAST y DURAND: op. cit., pág. 394; DIAMOND: op. cit., pág. 25; ALONSO OLEA, entre otros. BARASSI equipara al trabajador, a este respecto, con el obligacionista de la sociedad anónima.

(11) DURAND-VITU: op. cit., pág. 275 («La contribution aux pertes est représentée par la valeur du travail fourni en vain à la société.»)

(12) Sin embargo, de fuerza es reconocer con PÉREZ BOTIJA (*Salarios*, Madrid, 1944, página 125), que las partes del contrato puedan convenir libremente plazos de liquidación más cortos, sobre todo en los supuestos de explotaciones estacionales o de temporada. El sentido del precepto parece indicar que habrá que ajustarse a la liquidación del ejercicio económico, que puede, o no, ser anual.

dero al que se acogen los sometidos a liquidaciones periódicas más o menos largas y, sobre todo, exiguas —el legislador lo autoriza expresamente en el artículo 56 de la L. C. T.—, pero en el supuesto de un ejercicio económico negativo, durante el que el trabajador ha venido sosteniéndose a base de dichos anticipos, ¿qué ocurrirá? Si la empresa los da por perdidos, resulta que la remuneración no consistió en una participación real y verdadera, puesto que los beneficios no existieron; caso de que se pretendiera compensarlos con trabajo no remunerado, supondría sobre su imposibilidad práctica, regresar a formas de trabajo periclitadas, no concebibles en nuestra época, y, por último, si se pretendiera por la empresa irlos compensando poco a poco, en pequeña escala y proporcionadamente a los beneficios que realmente se obtuvieran en ejercicios venideros, topáramos con la prohibición expresa del artículo 45 de la L. C. T. (13), pero a condición de que no se haya pactado otra cosa en contrario, que aquí se hace la salvedad. Ahora bien, si se autoriza el pacto en contrario, si es posible la compensación de unos años con otros, los de ganancias con los de pérdidas, estamos de nuevo desvirtuando el contrato de trabajo para caer en formas de contratación societaria, porque, por un lado se está afirmando la participación tanto en las ganancias como en las pérdidas, y, por otro, obligando al trabajador a mantener una relación de trabajo no libre, para amortizar una deuda, lo cual es distinto del objeto del contrato de trabajo y va contra su propia esencia. Si el trabajador rompe este vínculo, no deberá indemnización conforme al último párrafo del artículo 81 de la L. C. T. (14), sino que estará civilmente obligado como consecuencia de una relación de crédito nacida en el seno de un contrato de sociedad.

3) Volviendo al artículo 44, en su última parte, se dice, respecto del examen de los libros y cuentas, que «el trabajador tendrá los mismos derechos y deberes que los señalados en los artículos referentes a la liquidación de comisiones», esto es, se le faculta para que pueda examinarlos y pedir comunicaciones cerca de los mismos, incluso valiéndose para ello de un perito contable (15). Y ello no pasa también de ser una posibilidad meramente teórica, si ya no lo fuera de por sí el supuesto de que nace esta facultad, porque los libros y cuentas constituyen la materia más secreta de las empresas, a la que no tienen acceso

(13) Art. 45 L. C. T.: «La participación en los beneficios no autorizará, *salvo pacto en contrario*, a compensaciones de los años de pérdidas con los años de ganancias, ni tampoco de los de unas con los de otras ramas de la industria o del comercio; esto último salvo cuando los trabajadores estén adscritos simultáneamente a unas y otras.»

(14) «Si fuere el trabajador el que incumpliere el contrato, abandonando el trabajo, el empresario tiene derecho a exigirle el resarcimiento de daños y perjuicios.»

(15) Art. 43 L. C. T.: «El trabajador puede pedir comunicaciones de la parte de los libros referentes a tales devengos y valerse para su examen de un perito contable...»

más que los cargos responsables de las mismas, y su examen por el personal trabajador contará siempre con la enemiga del empresario, por lo que ello supone de abdicación de su jefatura directiva (16). La debilitación del deber de secreto que la empresa ha consentido, por lo regular no alcanza al desenvolvimiento económico, sino solamente al aspecto técnico del proceso productivo que desarrolla (17). En cuanto al ejercicio de este derecho ante los tribunales laborales, se nos antoja erizado de dificultades, mucho más atenuado en el caso de la retribución a comisión, donde al comisionista le es perfectamente factible averiguar el número de operaciones en que ha intervenido, mediante su propia contabilidad privada, fácilmente compulsable con la de la empresa.

En resumidas cuentas, el examen normal de libros y cuentas en un empresa, solamente es posible en el contrato de sociedad, en el que los socios sean todos trabajadores o unos industriales y otros capitalistas, están situados en un mismo plano en cuanto a gestión, dirección y responsabilidad.

4) La diferencia que encierra esta forma de retribución a la parte en los beneficios, respecto de aquella comisión por participación en los negocios en que mediere el trabajador, y que aparece regulada en los artículos 42 y 43 de la L. C. T., es notoria y palpable. Esto no comporta ningún riesgo para el trabajador, que siempre ve remunerado su trabajo, porque la comisión remu-

(16) P. BOTIJA considera la inspección de cuentas por los trabajadores, más inadmisibles para el empresario que la propia fiscalización tributaria, habida cuenta, dice, de que la realizada por el personal de la Hacienda «es totalmente objetiva y mecánica, (y) la inspección por los trabajadores puede dar lugar a críticas y discusiones sobre el acierto o desacierto de dirección y orientaciones del negocio, etc., etc...», lo cual se considera inadmisibles por muchos empresarios, que unas veces por autocratismo y otras por tener conciencia de su responsabilidad de gestión, no quieren diluir ésta en una coparticipación de gerencia con la totalidad del personal a sus órdenes.» (*Salarios*, cit., pág. 125, nota 1). El punto de vista anglosajón es totalmente opuesto y así nos dice PESCOCK, ALAN T. («Algunos sistemas de participación en beneficios ensayados en Gran Bretaña», en *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 13, enero-febrero 1956) que «el hacer entrega de una parte del control de las Empresas a los trabajadores les parece un precio digno de pagar para lograr la paz en la industria».—Véase en especial la única nota a pie de página de este trabajo, en el que se nos ofrece un panorama general del sistema en las grandes industrias británicas.

(17) Los artículos 45, 49, 56, etc., del Reglamento de Jurados de Empresa no tienen eficacia alguna en la práctica, puesto que las funciones que en ellos se les atribuye a los Jurados, meramente informativas, de iniciativa o simple propuesta, carecen de fuerza vinculante. (Vid. P. LEÑERO: *Comentario al Reglamento de Jurados de Empresa*, Madrid, Aguilar, 1956, págs. 211 y sigs., 228 y sigs., 253 y sigs., etc.)

Por lo demás, el Decreto de 12-I-61 y Orden de 6-II-61 atribuyen como de su competencia exclusiva, a la jefatura de la Empresa «cuanto afecta a la ordenación técnica de la Empresa». (Vid. P. BOTIJA-RODRÍGUEZ PIÑERO: *Reglamentos de Empresas*, Madrid, Tecnos, 1961.)

nera un resultado, como contraprestación de un trabajo realmente efectuado, la operación en que el comisionista ha mediado con absoluta independencia respecto de si reporta beneficios a aquel por cuya cuenta se realiza. Es la típica función de los llamados agentes o representantes de comercio, quienes por cuenta de una o varias empresas conciertan operaciones de compraventa de artículos, percibiendo como retribución, parcial o total —que aquí sí que cabe— un determinado porcentaje sobre el montante económico de las operaciones en que ha intervenido. Cierto que no se retribuyen las actividades puramente negativas, esto es, las operaciones no culminadas o perfeccionadas, pero esto, a la postre, no supone más que trabajo inhábil o simplemente que no se ha empleado todo el esfuerzo requerido para el éxito del mismo, e incluso el último párrafo del artículo 42 establece el derecho a la comisión en el caso de que «el negocio se deshiciera por culpa probada del empresario». Como es claro y manifiesto, no hay aquí participación en las pérdidas, que pueden darse aún con un volumen elevado de operaciones efectuadas, ni tampoco en las ganancias reales de la empresa, puesto que lo que se retribuye es el número o volumen antes citado, independientemente de que la gestión conjunta y global de la empresa, de la que dichas operaciones mediadoras no constituyen más que una parte más o menos importantes, sea o no rentable para la misma (18).

5) Por lo que respecta al significado real y auténtico en nuestro ordenamiento jurídico laboral de la participación en beneficios, hay que estar a la regulación dada en cada caso por las distintas Reglamentaciones de Trabajo, en cumplimiento y desarrollo de lo dispuesto en el artículo 26 del Fuero de los Españoles, como norma básica constitucional. En líneas generales, las distintas formas que adopta, pueden reducirse a las dos siguientes: aquellas establecidas a modo de paga, equivalente a una mensualidad de haber o de un porcentaje fijo sobre el salario anual, y aquellas otras cuya cuantía se calcula en función de los dividendos, beneficios o incluso el volumen de ventas, teniendo estas últimas, por lo general, un mínimo garantizado aun en el caso de que el ejercicio económico no arrojará beneficios. Muy pocas son las Reglamentaciones que suprimen el derecho a este tipo de percepciones por el trabajador, cuando no se den realmente estos beneficios o no excedan de un cierto límite (19). Y con este panorama general, ¿puede decirse que constituyan estas percepciones una parte de los beneficios, cuando, por lo común, por estar establecidas con

(18) Del carácter salarial de estas remuneraciones y de trabajador de quien las percibe, da cuenta la reciente modificación del artículo 6.º de L. C. T., llevada a cabo sólo y exclusivamente para incluir en él a los representantes de comercio.

(19) Sobre los distintos sistemas de participación en beneficios en las Reglamentaciones de Trabajo, véase P. BOTIJA la última edición de su *Curso de Derecho de Trabajo*, págs. 228 y 229, y en especial las notas a pie de página.

carácter necesario y reglamentario, subsiste para la empresa la obligación de abonarlas, aun para el caso de que el ejercicio económico anual resulte negativo? Sólo en algún caso aislado constituyen una muy vaga forma de participación propia en los beneficios más o menos reales de las empresas. La realidad es, que la participación en beneficios, en el ordenamiento español vigente, tal y como aparece regulada en forma de pagas o gratificaciones extraordinarias, no tiene otro carácter que el de salarios diferidos, no expuestos a riesgo alguno, puesto que hasta en el supuesto de que no existan aquéllos, la gratificación tiene, o suele tener, un mínimo garantizado (20).

El parecer de nuestro Tribunal Supremo ha sido, hasta ahora, categórico, al respecto, habiendo declarado reiteradamente que la participación en beneficios, a tenor de lo dispuesto en los artículos 58 y 60 e) del Reglamento de Accidentes del Trabajo, es siempre computable como salario a efectos de indemnizaciones, puesto que no son sino «una manera de remunerar o aumentar el jornal o sueldo que efectivamente gana el trabajador por cuenta ajena» (21). Realmente es esto lo que ha querido el legislador, y lo ha hecho por esta vía, al igual que mejora la remuneración del trabajador, estableciendo la obligación, para determinadas industrias, de abonar a su personal determinadas gratificaciones extraordinarias, con periodicidad casi, si bien con carácter transitorio y, por ello mismo, aún no reglamentadas (22).

Lo mismo podría decirse, no cabe duda, de la doctrina social de la Iglesia, cuando habla de incorporar al contrato de trabajo elementos del de sociedad, tratando con ello de elevar la cotización del trabajo como factor de la producción y equiparándolo, al menos en importancia, al capital.

En este punto forzosamente habíamos de encontrarnos con la regulación dada a la participación en beneficios por el Decreto de 21 de septiembre de 1960, que expresamente la excluye de la consideración como salario, en el apartado 6.º de su artículo 4.º (vid. nota 9). El investigar sobre ello nos llevaría a prolijas consideraciones, que dilatarían excesivamente la extensión de este trabajo y desbordando los límites que nos impusimos al principio; esta es la razón de que decidamos volver sobre ello en otra ocasión.

(20) AGUINAGA y ESTEBA ARANDA: *La participación en los beneficios*, págs. 163 y siguientes.

(21) Art. 1-1.º Decreto 21-IX-61: «Se considera renta de trabajo, a los efectos de las presentes normas, la participación que corresponde al esfuerzo laboral humano, en el curso y en los resultados del proceso de producción de bienes o servicios.»

Sentencia del T. S. de 3 de mayo de 1961, entre otras muchas.

(22) Valga por todas la reciente Orden del Ministerio de Trabajo de 11-IX-61, por la que se obliga a conceder una gratificación extraordinaria a las empresas de industrias harinera, panadera, purés y similares, piensos compuestos, elaboración de arroz, etc...

CONCLUSIONES

1.^a El salario debido como retribución de un trabajo prestado por cuenta ajena no puede consistir *en su totalidad* en una determinada participación en los beneficios de la empresa, sino que requiere un mínimo garantizado del que la antedicha percepción no es, ni puede ser, más que un complemento (23).

2.^a Si bien, en cuanto al complemento salarial no altera por sí el carácter de contrato de trabajo, en tanto la participación en beneficios constituya *totalmente* la remuneración de prestaciones de trabajo, configura la relación jurídica como contrato de sociedad (24) y convierte la prestación de servicios en aportación de industria, expuesta a los riesgos propios de esta figura contractual (25).

3.^a En consecuencia, lo más probable es que en el supuesto de hecho de la sentencia comentada nos halláramos en realidad no ante un contrato de trabajo, sino frente a relaciones de tipo societario, y ello con independencia de la posiblemente interesada denominación dada por las partes a la relación (26).

JOSÉ CABRERA BAZÁN
 Profesor Adjunto de Derecho
 del Trabajo

(23) SANTORO-PASARELLI (*Nozioni di Diritto del Lavoro*, 1959, págs. 83 y 84) admite esta forma total del salario, si bien reconoce que supone una forma rara y que entraña ciertas condiciones.

(24) Llegándose, en este aspecto, a afirmaciones extremas, como la de DIAMONT (obra citada, pág. 25): «Au agreement to share profits is *prima facie* evidence of partnership, although there is no common stock.»

(25) DURAND-VITU, op. cit., pág. 274, expresan respecto al problema que aquí nos interesa, que la investigación de la *affectio societatis* permite determinar la naturaleza jurídica del contrato en los casos en que el trabajo es remunerado por medio de una participación en los beneficios, siendo esta función de los jueces la que permite rectificar las denominaciones erróneas o voluntariamente inexactas: Esta inexactitud implica siempre un interés doloso, puesto que «par la qualification de société, les parties tentent d'éviter l'application des lois sur la réglementation du travail. Inversement, elles emploient le procédé de contrat de travail (fréquemment associé avec un prêt et une convection de participation aux bénéfices) pour dissimuler una société en nom collectif, éviter la faillite personnelle d'un associé et pémettre la reprise du capital prétendument prêt, à l'encontre des créanciers sociaux» (en la misma página, nota 1).

(26) De la reiteradísima doctrina del T. S. al respecto, bástenos citar la reciente sentencia de 15-VI-61: «... la calificación de los contratos es independiente de la que merezca a los interesados».

