



REVISTA

# DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

## LA RETRIBUCIÓN VARIABLE: UNA CLAVE ESENCIAL EN LA GESTIÓN EMPRESARIAL

NÚMERO 5, JULIO DE 2016

VARIABILIDAD Y FLEXIBILIDAD SALARIAL, RETRIBUCIÓN VARIABLE Y RETRIBUCIÓN FLEXIBLE

*Ana Matorras Díaz-Caneja*

RETRIBUCIÓN VARIABLE Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

*Jesús R. Mercader Uguina*

LA RETRIBUCIÓN VARIABLE DEL TRABAJADOR EN ACCIONES O VINCULADA AL PRECIO DE LAS ACCIONES

*Francisco Javier Gómez Abelleira*

LA RETRIBUCIÓN VARIABLE DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS TRAS LA REFORMA  
DEL RÉGIMEN LEGAL SOBRE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

*Antonio Roncero Sánchez*

VARIABLE REMUNERATION IN THE UK

*Victoria Goode & Anna Bond*

ENTIDAD EDITORA

*Dykinson, S.L.*



Centro de Estudios  
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO  
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X

**L**a Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



#### ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)

Compra directa a través de nuestra web: [www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA  
**DERECHO SOCIAL  
Y EMPRESA**

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,  
y está indexada en las siguientes bases de datos:*



*Colaboradores:*





# Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL  
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY  
EDITORIAL DYKINSON



## DIRECTORA

**Pilar Núñez–Cortés Contreras**

*Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Centro de Estudios Sagardoy  
Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Loyola Andalucía*

## EDITORA

**Esperanza Macarena Sierra Benítez**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## SECRETARIA

**Amanda Moreno Solana**

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

**Juan Antonio Sagardoy Bengoechea**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense (Madrid)*

### MIEMBROS

**María del Mar Alarcón Castellanos**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Lourdes Arastey Sahún**

*Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid)*

**Philippe Auvergnon**

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,  
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail  
Université Bordeaux (Francia)*

**Marie Cécile Escande-Varniol**

*Catedrática de Derecho del Trabajo  
Université Lyon 2 (Francia)*

**Carolina Gala Durán**

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**Santiago García Echevarría**

*Catedrático de Política Económica de la Empresa  
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

**Joaquín García Murcia**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense (Madrid)*

**Abbo Junker**

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für  
Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht Ludwig-Maximilians  
Universität München (Alemania)*

**Lourdes Mella Méndez**

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago Compostela*

**Antonio Ojeda Avilés**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

**Mariano Sampedro del Corral**

*Magistrado del Tribunal Supremo*

**Cristina Sánchez-Rodas Navarro**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

**Esperanza Macarena Sierra Benítez**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

**Michele Tiraboschi**

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de  
Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT*

**Jorge Tua Fernández**

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Fernando Valdés Dal-Ré**

*Magistrado del Tribunal Constitucional*

**Luis Enrique de la Villa Gil**

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma (Madrid)*

## **COMITÉ EDITORIAL**

**Valentín Bote Álvarez-Carrasco**

*Director del Servicio de Estudios de Randstad Research*

**Macarena Castro Conte**

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Antonio Cebrián Carrillo**

*Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid)*

**Teresa Cervera Soto**

*Directora de Recursos Humanos, Paradores de Turismo*

**Martin Fröhlich**

*Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Alemania)*

**Martín Godino Reyes**

*Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*

**María Jesús Herrera Duque**

*Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid)*

**José Antonio Marcos Herrero**

*Abogado, Director de Recursos Humanos de Agencia Sanitaria de Poniente (Málaga)*

**José Manuel Martín Martín**

*Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)*

**Ana Matorras Díaz-Caneja**

*Profesora Agregada*

*Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*

**María Luisa Molero Marañón**

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Rocío Molina González-Pumariega**

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

*Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

**Horacio Molina Sánchez**

*Profesor Titular de Área*

*Universidad Loyola Andalucía*

**Amanda Moreno Solana**

*Profesora Doctora*

*Universidad Carlos III (Madrid)*

**Leonor Victoria Pablos Fernández**

*Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid)*

**Vicente Pérez Menayo**

*Consejero de Empleo y Seguridad Social en la Embajada de España en Bélgica*

**Anselmo Presencio Fernández**

*Director Recursos Humanos, Persan*

**Iván Rodríguez Cardo**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Oviedo*

**Íñigo Sagardoy de Simón**

*Doctor en Derecho, Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid)*

**Lavinia Serrani**

*Editorial Coordinator of ADAPT International, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*

**Francesca Sperotti**

*Research Fellow e Responsabile Relazioni Internazionali, ADAPT, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali (Italia)*

**Helmut Weber**

*Consejero Técnico Jefe de Unidad, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)*

## **EVALUADORES EXTERNOS**

**Francisco Alemán Páez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Córdoba*

**Jesús Cruz Villalón**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Sevilla*

**José Manuel del Valle Villar**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo*

*Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)*

**José Luis Gil Gil**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

**María Sonsoles Gutiérrez de la Peña**

*Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid)*

**María Teresa Igartua Miró**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

**Risa L. Lieberwitz**

*Catedrática de Derecho del Trabajo  
Cornell University, ILR School (USA)*

**Paz Menéndez Sebastián**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Oviedo*

**Jesús R. Mercader Uguina**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III (Madrid)*

**Jesús Nicolás Ramírez Sobrino**

*Profesor Titular de Área de Comercialización e Investigación de Mercados  
Universidad Loyola Andalucía*

**Eduardo Rojo Torrecilla**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Barcelona*

**Tatsiana Ushakova**

*Doctora en Derecho, Acreditada como Profesora Titular de Ciencias Sociales y Jurídicas*

**Teresa Velasco Portero**

*Profesora Titular de Área  
Universidad Loyola Andalucía*

**CORRECTORA**

**Isabel Martínez-Carrasco Moreno**

## El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

**D**entro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científico-técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, ambos incluyen artículos académicos (Estudios), así como un barómetro del mercado de trabajo en España. El primer número de cada año tiene un contenido monográfico y versará sobre un tema predefinido por el Comité Editorial.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las instrucciones de publicación de la Revista.



# Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 5, JULIO 2016

## «LA RETRIBUCIÓN VARIABLE: UNA CLAVE ESENCIAL EN LA GESTIÓN EMPRESARIAL»

### COORDINADOR

PROF. DR. D. MARTÍN GODINO REYES



### PRESENTACIONES

JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA

MARTÍN GODINO REYES

### ARTÍCULOS

**Variabilidad y Flexibilidad Salarial, Retribución Variable y Retribución Flexible**

ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA

**Retribución Variable y principios del Derecho del Trabajo**

JESÚS R. MERCADER UGUINA

**La Remuneración del Trabajador en Acciones o vinculada al Precio de las Acciones**

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

**La Retribución Variable de los Consejeros Ejecutivos tras la reforma del régimen legal  
sobre Retribución de los Administradores de las Sociedades de Capital**

ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ

**Variable Remuneration in the UK**

VICTORIA GOODE & ANNA BOND

**SECCIÓN DE MEDIDAS DE DERECHO COMPARADO**

**La Retribuzione Variabile in Italia**

ANTONIO DI STASI

**TRIBUNA PROFESIONAL Y SINDICAL**

**La Tributación de las Rentas Variables del trabajo  
o la Historia reciente de una Desconfianza**

SALVADOR RUIZ GALLUD

**Un Salario Variable a través de la Participación en los Beneficios**

RAMÓN GÓRRIZ VITALLA

**La Evolución Salarial en España: la contribución de los Acuerdos para el Empleo  
y la Negociación Colectiva (en especial sobre los Salarios Variables)**

JORDI GARCÍA VIÑA

**INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS**

# PRESENTACIONES

## PRESENTACIONES

**E**l salario es una de las piedras angulares del contrato de trabajo. Y el contrato de trabajo es el núcleo generador de toda la riqueza del Derecho del Trabajo. Salario y jornada son los dos principales contenidos del contrato. Y lo son, no solamente en su aspecto económico sino también en el jurídico. La esencia del contrato radica en el intercambio de la prestación laboral –durante un tiempo–, a cambio de una remuneración.

Ya en 1975, decía yo que «el contrato de trabajo se halla estructurado desde siglos en el esquema del cambio y no en el asociativo. Se permuta trabajo por remuneración. Con la revolución industrial el sedimento gremial se aviva en proporciones gigantescas y comienza la explotación masiva de muchos por unos pocos. Entre otras razones, por la necesidad de capitales ingentes para el funcionamiento de empresas basadas en la máquina, y por tanto en la inversión dineraria más que en el genio creador. El genio se paga como un factor más del coste productivo. Se disocia el maestro del empresario.

Pero al coincidir el fenómeno con un incremento demográfico intenso –la ‘pasta humana’ a que se refirió Ortega– y un exceso de mano de obra se aprovecha la ocasión para rebajar el salario al mínimo exigible que, por desgracia, no coincidía con el vital. Así, desde los comienzos del maquinismo, la lucha por las mejoras retributivas ha sido una de las banderas principales del movimiento obrero».

Pero dentro de la lucha sindical por la mejora cuantitativa de los salarios, ha sido muy importante la cualitativa, es decir la diversificación de los conceptos salariales. La complejidad jurídica de la retribución total que percibe el trabajador, deriva de criterios económicos. Toda la abigarrada gama de conceptos salariales ha procedido de que se ha cuarteado el esfuerzo global pagando exactamente cada modalidad de la prestación, con lo que el salario está coloreado de una fuerte incertidumbre cuantitativa.

Y dentro de la compleja estructura del salario total tiene una indudable importancia la calificación de una partida como salario o no. Y la tiene por la inmediata repercusión que tiene la solución que se dé, en la cotización en la seguridad social. Se ha producido una importante evolución en la materia y así se ha considerado salario la opción sobre acciones (stock options), los pagos de beneficios sociales y en general no solo lo que directamente corresponde al pago del trabajo prestado, sino también a lo que se percibe «con ocasión» del mismo. Se ha producido una transmigración del concepto de accidente de

trabajo que no es solo el sufrido en el trabajo sino también el que se produce «con ocasión o por consecuencia» del trabajo prestado.

Pero en los momentos actuales, con la trascendental influencia que ha tenido la crisis económica en las relaciones laborales, lo que cobra protagonismo es el coste salarial ya sea en su montante final como en la estructura del mismo que se pretende sirva para una mejor correlación de cuantía salarial/incremento de la productividad. Eso es algo racional y positivo siempre que el importe asegurado por el desarrollo normal del trabajo sea adecuado o como decía el art. 27 del Fuero de los Españoles, de la época franquista, «todos los españoles serán amparados por el Estado en su derecho a una retribución justa y suficiente, cuando menos, para proporcionar a él y a su familia un bienestar que les permita una vida moral y digna». La realidad dejó muy malparado ese propósito, pero su contenido sigue teniendo una actualidad permanente.

En los actuales momentos, la economía está ganando la batalla de la eficiencia con un gran coste laboral. La modulación de los salarios no puede llevar a unas cuantías indignas de los mismos. Ello no solo tiene unas consecuencias negativas para los trabajadores, sino también para toda la sociedad. Y si creamos una sociedad febril, ansiosa, inestable y nómada terminaremos con la prosperidad de nuestras empresas.

En la solución de la lucha entre la eficiencia económica y la protección social, yo prefiero escuchar a economistas moderados que a los que buscan la culpabilización del Derecho del Trabajo como origen de todos los males. Prefiero la coordinación que ese unilateralismo. Y en esa línea, hace ya unos años, leía al Profesor de Economía de la Universidad de Cambridge, Ajit Singh, que al tratar de los requisitos institucionales para el pleno empleo en las economías adelantadas, concluye que «la primera medida indispensable en semejante tarea es un cambio fundamental de rumbo intelectual y del enfoque analítico del problema». Y aún me resultó más grato leer que «para el establecimiento del pleno empleo con una inflación moderada es necesario abandonar ese modelo de mercado de enfrentamiento y sustituirlo por unos dispositivos institucionales de mayor coordinación entre los trabajadores, los empresarios y los Gobiernos...».

El conflicto es inmanente a la sociedad laboral en la que vivimos, pero tal conflicto puede ser origen de avances o retrocesos, según sea enfocada su solución. Como bien distingue Hirschman, frente a los conflictos negociables (en los que se enfrentan el más o el menos), y que conducen a soluciones de compromiso, están los innegociables (en los que se oponen el uno y el otro), y que llevan a soluciones de aniquilación. Y mientras que en la etapa anterior, como nos recuerda Aramendi, la solución y consiguiente racionalización del conflicto era fundamentalmente distributiva –reacomodación de poderes y bienes entre las partes enfrentadas– en la época posindustrial la racionalización del conflicto pasa por encontrar soluciones en las que ambas partes ganen y ninguna pierda. El problema

por tanto no será tanto cómo distribuir los beneficios del trabajo, sino que haya beneficios que repartir. No cargar todo el coste de un lado de la balanza, de modo que la prosperidad económica y la competitividad se logren con mínimos sociales, ni que el bienestar social se alcance a costa de la empresa. Bien puede decirse en esa visión de enriquecimiento fructífero del conflicto, que lo que es bueno para la empresa es bueno para los trabajadores.

En este número de nuestra Revista que ha coordinado con éxito el Profesor y Abogado Martín Godino, se analizan con rigor científico y conocimiento práctico varios temas esenciales en referencia a la retribución en el trabajo. Los distintos artículos de un importante valor doctrinal, como corresponde a sus autores, hacen una disección muy completa de la problemática jurídica de la retribución flexible o variable. Ana Matorras, Jesús Mercader, Francisco Gómez Abelleira y Antonio Roncero Sánchez, analizan el tema dentro de nuestro marco normativo con muy interesantes aportaciones. Y, como es propio de nuestra Revista ello se completa con los sugestivos estudios de Victoria Goode respecto al Reino Unido y Antonio di Stasi en lo que se refiere a Italia. Y finalmente la Tribuna Profesional y Sindical nos da una visión práctica y de indudable valor sobre la realidad socio-económica, con autores de la altura de S. Ruiz Gallud, Ramón Górriz y Jordi García Viña.

Creo sinceramente que es un número que contará con una acogida cálida en el mundo académico y profesional pues el tema y su tratamiento se lo merecen.

**JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

**E**s completamente natural que exista una cierta tensión entre la pretensión empresarial de disponer de amplia flexibilidad en la organización y gestión del capital humano y la función que cumple la norma laboral, legal o fruto de la autonomía colectiva, que es precisamente la de limitar esa libertad de gestión para proteger los derechos de los trabajadores y limitar el posible abuso que la disposición de unos poderes virtualmente ilimitados puede generar. Esa tensión carece de solución definitiva, y el ordenamiento laboral intenta lograr un balance razonable, cuyo punto de equilibrio es mudable en cada momento por razones ideológicas, programas sociales, crisis económicas y otros muchos factores.

Pero si en algún campo ese conflicto entre flexibilidad en la gestión empresarial y limitación normativa se expresa con claridad es en el diseño y aplicación de las diversas fórmulas de retribución variable en el ámbito del contrato de trabajo. La empresa quisiera muchas veces que la retribución variable jugara como un incentivo a la productividad no sometido a limitaciones ni en la concesión, ni en la cuantía, ni en los destinatarios ni en la fecha de devengo o de pago. Pero las normas legales, las previsiones convencionales y la interpretación judicial introducen restricciones varias, cumpliendo también su natural función reguladora: no se puede dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, no cabe admitir el abuso de derecho, no puede confundirse el periodo de devengo de una retribución con la fecha de pago, no es aceptable la discrecionalidad cuando se torna en arbitrariedad o, peor, en discriminación por factores torpes.

A pesar de todo, y con las dificultades propias de esa tensión entre máxima flexibilidad deseada por la empresa y restricciones derivadas del ordenamiento laboral para proteger a los trabajadores, la utilización de la retribución variable como herramienta de gestión de los recursos humanos ha sido creciente, más sin duda en los países anglosajones pero también cada vez más en los países europeos continentales, incluida España. Lo que ocurre es que las fórmulas de retribución variable no son fáciles de reconducir a un modelo común, sino que presentan variaciones muy significativas en su diseño y aplicación, haciéndolas refractarias a clasificaciones rígidas o simples, como se apreciará en la lectura de los diversos artículos de éste número de la Revista.

Hay sectores en los que la aplicación de fórmulas de retribución variable ha dejado de ser una opción para convertirse en una obligación normativamente impuesta. Así ocurre en el sector financiero, que después de la grave crisis de los últimos años, y la falta de controles suficientes como una de sus causas, se enfrenta hoy a normas legales que de forma detallada establecen límites cuantitativos y definición de instrumentos precisos para la

aplicación de los sistemas de retribución variable, imponen diferimientos temporales en el pago o llegan a introducir mecanismos para hacer la percepción de la retribución variable reversible, incluso después de pagada, cuando en el medio plazo se demuestren actuaciones individuales de los perceptores de tales retribuciones que han resultado, con el tiempo, perjudiciales para la marcha de la empresa.

La retribución variable puede tener su fuente de regulación en cualquiera de las que son de otras condiciones de trabajo. Ya hemos visto cómo las normas legales, generales o particulares, constituyen una fuente a la que ha de prestarse atención para construir un sistema de retribución variable de forma jurídicamente adecuada. Pero también la negociación colectiva puede intervenir, y ya no es infrecuente que lo haga, en el diseño de tales sistemas, identificando los elementos esenciales que definen el modelo: destinatarios, cuantías, condiciones para el devengo y el pago, etc. Y por supuesto, de manera esencial en esta materia, la regulación de la retribución variable puede tener su fuente en el contrato de trabajo, bien sea mediante su regulación expresa en el mismo o, todavía más habitual, mediante la incorporación al mismo de decisiones unilaterales del empresario, que en función de la forma de concesión podrán plantear problemas o no de nacimiento de condiciones más beneficiosas para el trabajador beneficiario. Sin embargo, y a diferencia de otras materias, en las que la participación de la negociación colectiva se encuentra asumida de forma generalizada, cuando hablamos de retribución variable en términos de herramienta de gestión empresarial, es permanente el debate entre quienes piensan que la única forma de que la misma cumpla una misión de gestión flexible es dejarla al margen de la negociación colectiva y aquellos otros que consideran que su eficacia en términos de incentivación de la productividad se acrecienta si es admitida como deseable a través de su incorporación a los pactos o convenios colectivos, dotando de transparencia y cierto control sindical a su gestión. En fin, es un debate abierto que admite sin duda opiniones encontradas con argumentos no desdeñables en ninguna de las posiciones.

Atenta siempre a las grandes cuestiones del Derecho Social y la Empresa, este número de la Revista aborda desde muy diversas perspectivas la regulación de la retribución variable y su importancia en la gestión empresarial. La profesora Ana Matorras aborda una imprescindible labor de clarificación terminológica e identificación de los modelos y tendencias que pueden apreciarse cuando se habla de retribución variable, y además analiza las diferencias que separan o hacen autónomo dicho concepto del más amplio de retribución flexible. El Profesor Mercader realiza un fino análisis para situar la posición de la retribución variable en el marco de los principios del derecho del trabajo, y cómo en esa relación a veces surge el conflicto interpretativo, al que también propone soluciones inteligentes. El Profesor Gómez Abelleira estudia un instrumento concreto, pero muy relevante, en los modelos de retribución variable, las opciones sobre acciones, que han dado

abundante literatura jurídica y conocidos conflictos interpretativos, todavía sin soluciones realmente seguras. En fin, el Profesor Roncero aborda el estudio de la retribución variable en un ámbito en el que tiene máxima trascendencia y muy extendida aplicación, también ahora impuesta normativamente, que es el de los administradores sociales.

Como es habitual, este número de la Revista incluye aportaciones muy interesantes de derecho comparado sobre la retribución variable en el Reino Unido y en Italia, a cargo de Anna Bond, Victoria Goode y Antonio di Stasi, respectivamente. Y se cierra con las opiniones, en forma de Tribuna, de relevantes actores en el mundo empresarial y sindical, como son Jordi García Viña y Ramón Górriz, y la opinión de un experto fiscal, Salvador Gallud.

Con todo ello, un tema del máximo interés y un tratamiento plural y exhaustivo de la materia, estoy seguro del interés y utilidad que el lector encontrará en este número de la Revista de Derecho Social y Empresa.

**MARTÍN GODINO REYES**

*Socio Director de Sagardoy Abogados*

# ARTÍCULOS

# VARIABILIDAD Y FLEXIBILIDAD SALARIAL, RETRIBUCIÓN VARIABLE Y RETRIBUCIÓN FLEXIBLE

ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA

*Profesora Agregada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Facultad de Derecho (ICADE)*

Fecha de recepción: 03/04/2016

Fecha de aceptación: 09/04/2016

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA FLEXIBILIDAD Y VARIABILIDAD DE LAS RETRIBUCIONES LABORALES: NUEVOS ASPECTOS CRÍTICOS. 2.1 Flexibilización interna del salariado y de la remuneración salarial; 2.2 Remodelación conceptual del salario a remolque de reformas de la normativa de cotización y de la normativa tributaria; 2.3 Pérdida de fuerza del concepto legal a efectos de cuantificación; 2.4 Calificación de percepciones jurídicas: focos de litigiosidad visibles y ocultos; 2.5 Cuantía. Límites mínimos y máximos, certidumbre e igualdad salarial; 2.6 Endurecimiento del tratamiento fiscal de los rendimientos del trabajo en especie y radical reforma del régimen de cotización de las percepciones económicas laborales en general. 3. RETRIBUCIÓN VARIABLE. 3.1 Concepto y configuración; 3.2 La eventual utilización del variable como instrumento de convergencia, recuperación, homogeneización, racionalización o modernización de las estructuras salariales; 3.3 La progresiva pérdida de su potencial flexibilizador; 3.4 La implicación de sujetos colectivos; 3.5 Régimen jurídico: selección de viejos problemas con nuevos enfoques y nuevos problemas necesitados de respuesta; 3.6 Cotización y tributación. 4. RETRIBUCIÓN FLEXIBLE. 4.1 Concepto y lógica interna; 4.2 Dificultosa supervivencia del salario flexible; 4.3 Impacto de las reformas en materia de cotización y de tributación de las percepciones económicas laborales.

**RESUMEN:** Los incentivos y remuneraciones variables van ganando terreno, junto a los sistemas de retribución flexible o a la carta, en el marco de las políticas retributivas empresariales. Analizamos algunos de sus puntos críticos, a la luz de las complejas reformas legislativas introducidas recientemente en terrenos colindantes y de innovadores pronunciamientos jurisprudenciales generadores de incrementos salariales en cascada. Con ello y con la reapertura de viejos debates y controversias, se está poniendo en evidencia la contradictoria y difícil evolución del salariado, en clave de variabilidad y flexibilidad.

El presente estudio se construye con el propósito de contribuir a demarcar el espacio y potencial real con el que cuentan en la práctica como, instrumentos de modernización, flexibilización e individualización de las remuneraciones laborales.

**ABSTRACT:** Incentives and variable salary, as well as flexible remuneration systems, are gaining ground within corporate compensation policies. We analyze some of their critical points, in light of the complex legislative reforms, and taking into account recent judicial resolutions generating relevant indirect labor costs. Altogether with there opening of classical debates and disputes is also highlighting the contradictory and difficult evolution of labor salary systems, in key of variability and flexibility. This paper aims to contribute to identify and measure their real potential in order to play a relevant role as instruments of modernization, flexibilization and individualization in the field of worker's compensation.

**PALABRAS CLAVE:** Salario, retribución flexible, retribución variable, retribuciones en especie, flexibilidad salarial.

**KEYWORDS:** Wage, salary, flexible remuneration, variable compensation, remuneration in kind, flexible remuneration plan, variable salary, wage flexibility.

## 1. INTRODUCCIÓN

Resultaría ocioso retomar con afán de exhaustividad el estudio de la dimensión jurídica de las retribuciones variables y de las denominadas retribuciones flexibles o a la carta. Optamos, entonces, por abordar una rigurosa selección de las cuestiones más modernas y/o controvertidas que se suscitan en los últimos años en torno a las referidas fórmulas singulares de remuneración laboral<sup>1</sup>; remitiéndonos a las aportaciones doctrinales de referencia en estas materias<sup>2</sup>, así como a algunos trabajos precedentes<sup>3</sup>, para un estudio de enfoque omnicompreensivo y más profundo. Pero no renunciamos a apuntar con carácter previo grandes cuestiones y enigmas de alcance general, de importancia central en materia salarial,



1 En los últimos años, la atención doctrinal por esta materia ha crecido, con notables aportaciones. Así, por todos, y por lo que respecta a la retribución variable, seleccionamos los siguientes: como máxima autoridad de referencia, MERCADER UGUINA, J. R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1996; «Retribución variable y cambios productivos», en A.A.V.V., *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 87–109; Salario y crisis económica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 39 y ss.; A.A.V.V. *Memento Experto Retribución Variable*, Francis Lefebvre, Madrid, 2013, pp. 63 y ss.; ALZAGA RUIZ, I., «La retribución variable: especial consideración del *bonus*, la participación en beneficios y la retribución por objetivos», *RGDTSS*, núm. 38, 2014; y en *Retribución de directivos y crisis económica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 106 y ss.; TODOLÍ SIGNES, A., *Salario y Productividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; y LANTARÓN BARQUÍN, D., «Economía, flexibilidad y esencia finalista del salario: en aras de un nuevo modelo» (parte I: NREDT núm. 164, pp. 21–53; y parte II: NREDT núm. 167, 2014, pp. 19–57). NIETO ROJAS, P., *La participación financiera de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Regulación del salario, competitividad empresarial y tutela de los trabajadores en la empresa», *DL* núm. 98, 2013, pp. 59–74.

2 Y por lo que respecta al salario flexible o a la carta, aunque muchos de los contenidos de los trabajos que ahora se citan se hayan visto superados por las sucesivas reformas legislativas y cambios de criterio en el plano laboral, en el de la Seguridad Social y en el tributario: ARAGÓN GÓMEZ, C., «Retribución Flexible», material facilitado en sesión Fundación Sagardoy, Madrid, 25 noviembre 2015; BLÁZQUEZ AGUDO, E., «La implantación de los planes de retribución flexible en las empresas. Problemas y soluciones», *REDT*, núm. 159, 2013, pp. 109–150; LLOMPART BENNASSAR, M., «Aspectos jurídico-laborales y de Seguridad Social de las políticas empresariales de retribución flexible», *DL* núm. 100, 2014, pp. 101–121; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Políticas salariales de retribución flexible: crisis económica y negociación colectiva», *REDT*, núm. 180, 2015 (BIB 2015\16251); PEDRAJAS MORENO, A.; PEDRAJAS QUILES, P y SALA FRANCO, T., *La retribución flexible. Tratamientos fiscal y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. NOCETE CORREA, F. J., «Gravamen de las rentas del trabajo y retribución flexible: el debate en torno al tratamiento de las retribuciones en especie en el IRPF», en GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (Coord.), *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, (3ª Edición) «La Reforma del Sistema Tributario Español» (1ª Parte), DOC. núm. 9, 2015.

3 Trabajos sobre salario variable: «La integración de las retribuciones variables e irregulares en el salario regulador de las indemnizaciones legales por despido», *RL-I*, 2005, pp. 507–550; «El *bonus* y el margen de discrecionalidad empresarial», *AL*, núm.15, 2010, pp. 1766–1784; «La retribución variable: su potencial flexibilizador», *NREDT*, núm. 169, 2014, pp. 113–156. Trabajos sobre salario flexible: «La implantación de planes de retribución «flexible» o «a la carta» como técnica de individualización salarial», *AS*, núm. 9, 2009 (BIB 2009,844); y «Planes de retribución flexible o a la carta», en A.A.V.V., *Memento... cit.*, pp. 141–182; «RDL 16/2013: Nuevo régimen legal para la cuantificación de las bases de cotización», e-book, Ed. Francis Lefebvre, febrero 2014; «Planes de retribución flexible o a la carta», documentación presentada en *Jornada Formativa sobre Retribución variable*, Grupo Francis Lefebvre-ASNALA, Madrid, 25 junio 2014.

así como otros aspectos o controversias que siendo colaterales o colindantes, revisten una importancia práctica no menor en términos de régimen jurídico y de costes laborales.

Efectivamente, tanto la denominada remuneración flexible o a la carta, como la remuneración variable, suscitan todavía muchas dudas jurídicas y generan una notable litigiosidad. En parte ello es debido a que se suceden las voces críticas y las resoluciones judiciales que reabren viejas cuestiones de carácter nuclear y/o conceptual en torno al salario y que, al tener proyección transversal sobre el régimen jurídico salarial, minan injustificadamente el *potencial flexibilizador* de ambas fórmulas o sistemas retributivos y la propia capacidad empresarial de mejorar cualitativamente su política retributiva. Pulso jurisprudencial reformista, éste, que tiene su sede principal en la jurisprudencia interna, pero que también se produce a remolque de revolucionarios pronunciamientos comunitarios. Y paralelamente se plantean nuevos enigmas, forzados por los cambios producidos en terrenos colindantes, que podrían llegar a repercutir de manera singular en las posibilidades de desarrollo del salario flexible o a la carta.

Por lo que respecta al salario variable, podemos decir que en los últimos años, particularmente en su variante de *participación económica*<sup>4</sup>, sigue recibiendo un perceptible impulso desde distintas instancias, incluido el mismo contexto del diálogo social (AENC II<sup>5</sup> y AENC III<sup>6</sup>) y de la negociación colectiva. Todo ello, desde la preocupación por ali-

.....

4 Que convive y confluye con fórmulas de participación en el capital, conformando la denominada participación financiera de los trabajadores. Vid. *Resolución del Parlamento Europeo, 14 enero 2014, sobre la participación financiera de los trabajadores en los beneficios de las empresas* (2013/2127(INI)) y los numerosos textos comunitarios que desde principios de los años noventa han impulsado el establecimiento de fórmulas equilibradas de participación financiera (reseñados, todos, en la Resolución comunitaria citada). Aunque, habida cuenta de los inconvenientes que desde la perspectiva de la protección de los trabajadores plantean, se recomienda que no sustituyan al salario (sino que lo complementen, se sobreentiende). Pero esta recomendación garantista no debiera resucitar la vieja cuestión sobre la naturaleza jurídica de estos esquemas o fórmulas de remuneración, pues el debate sobre el encaje en el bloque salarial debiera considerarse definitivamente zanjado.

5 Desde el apartado sobre «flexibilidad salarial» del Capítulo I del *II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014*, 25 enero 2012 (BOE 6 febrero 2012) se invita decididamente a la renovación salarial, incorporando a la estructura salarial elementos ligados a la situación y resultados de la empresa (producción, calidad, beneficios, ventas, facturación, ingresos y productividad), recurriendo a los procedimientos de los arts. 41 y 82.3 del ET (y contemplando períodos transitorios para la adaptación salarial). Se promueve la racionalización de las estructuras salariales, sustituyendo conceptos obsoletos por otros nuevos ligados a productividad; utilizando como marco preferente para su diseño y fijación de régimen jurídico la negociación colectiva. Y ello, en aras de: 1º.- una mayor objetividad y transparencia; 2º.- de garantizar la suficiencia a través de la fijación de salarios mínimos de referencia; 3º.- de moderar la traslación de riesgos económicos mediante la introducción de límites porcentuales máximos sobre la retribución total; 4º.- de propiciar su mayor adaptación a la realidad sectorial y empresarial; y 5º.- de lograr una mayor implicación de la representación laboral en su implantación y gestión y garantía de una información adecuada. Se promueve, en fin, que los acuerdos sectoriales dejen margen a los acuerdos de empresa para acomodar sus cláusulas a las particularidades de cada empresa. Vid. también Capítulo III del referido Acuerdo, sobre criterios de revisión o actualización salarial, invitando a la moderación y a la incorporación de nuevos indicadores desligados de la evolución de precios en nuestro país (entre otros, aquellos que irían vinculados a la situación de la empresa y a la evolución de la situación económica general).

6 El *III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017*, de 8 de junio de 2015 (BOE 20 junio 2015) desde el consenso para abrir un proceso de recuperación salarial y de regularización de las pérdidas salariales eventualmente sufridas durante la crisis, pero acomodando los nuevos procesos de incremento salarial a la productividad, y asumiendo que las subidas salariales se han de producir en términos de moderación, aunque contemplando la posibilidad de superarlo en escenarios favorables, prosigue en esta línea promocional del variable. Y se toma un enfoque nivelador de todos los intereses, incorporando criterios nuevos a este último efecto (equidad,

near los salarios con exigencias de productividad y competitividad<sup>7</sup>. Y ello ha tenido lugar en términos ciertamente novedosos, para dar cabida a sofisticadas fórmulas de revisión salarial, casi impensables hace no tanto tiempo<sup>8</sup>. Fórmulas que pueden calificarse de vanguardistas, incluso, en algunos supuestos<sup>9</sup>.

Partimos de un marco normativo laboral básico de referencia en materia salarial que no ha sido modificado, salvo en aspectos puntuales, en las últimas décadas<sup>10</sup> y que presenta numerosas e importantes carencias, desde una múltiple perspectiva<sup>11</sup>: a) calificación jurídica; b) valoración en términos monetarios de las prestaciones en especie; c) cuantificación de derechos económicos ligados a situaciones de inactividad y de otros costes laborales ligados legalmente a los salarios, como los indemnizatorios; d) estructuración interna; y e) algunos aspectos básicos del régimen aplicable en el marco de las revisiones y actualizaciones ordinarias sucesivas. Y no puede ignorarse que la práctica convencional



especial consideración a su singular naturaleza y prevención de su utilización desviada en términos de competencia desleal). También se añade una llamada a no perjudicar la competitividad. Se propugna un refuerzo de la participación, huyendo de esquemas o prácticas retributivas caracterizadas por la unilateralidad y la opacidad y por la individualización extrema de las remuneraciones. Y se traslada al ámbito empresarial el peso de la negociación del variable por su mayor proximidad, pero consagrando un deber reforzado de transmisión de información.

7 En el año 2011, entre las Medidas de refuerzo de la coordinación de la política económica a favor de la competitividad, se efectúa una llamada a alinear los salarios con las exigencias de competitividad y productividad (*Pacto por el Euro Plus*, adoptado en el Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011 EUCO 10/11, Anexo, pp. 16 y 17). Para España, *vid.* también la Recomendación del Consejo de 14 de julio de 2015, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2015 y sobre el Programa de Estabilidad de 2015 (2015/C 272/13; DOUE 18 agosto 2015).

8 *Informe sobre Cláusulas de variación salarial en los convenios colectivos*, CCNCC, Servicios Técnicos, junio 2015. En él se examinan las cláusulas de variación salarial fijadas en un total de 4.158 convenios colectivos registrados a partir del 1 de enero de 2012. Y tomando en consideración tanto la revisión salarial anual fijada inicialmente en los convenios, como las cláusulas de ajuste de la revisión (cláusulas de garantía salarial); no presta atención específica a componentes variables integrados en la estructura salarial de referencia. Se concluye que parece apreciarse (sólo) un levísimo repunte (3% de los convenios analizados) de las nuevas fórmulas de variación salarial, entre las que cabe destacar aquellas que están ligadas a los resultados de la empresa (p. 33).

9 Como trabajo más reciente y detallado, puede consultarse TODOLÍ SIGNES, A., «Salario y negociación colectiva: últimas tendencias», en AA.VV., *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, Valladolid, 2015. En él se examinan cláusulas de revisión, de salvaguarda, así como aquellas que acogen fórmulas, sistemas y complementos retributivos variables. Todo ello, en línea continuista con otros estudios ya tradicionales y sobradamente conocidos, dirigidos por J. R. Mercader Uguina y por R. Escudero Rodríguez, que han ido ofreciendo durante años la radiografía de la negociación colectiva en estas materias.

10 Las reformas introducidas se ciñen a: 1º.- Aspectos formales (OM ESS/2098/2014, 6 noviembre, que modifica el anexo de la OM 27 diciembre 1994, por la que se aprueba el modelo de recibo individual de salarios, con el solo objeto de adaptar este último a la Reforma del viejo art. 104 de la LGSS (actual 142.2 del RDLeg. 8/2015, 30 octubre, por el que se aprueba el nuevo TRLGSS) y que fuerza a dejar constancia de la cuantía total de la cotización a la Seguridad Social, con desglose de la cuota empresarial. Y a ella se une la obligación empresarial que impone el art. 109 de la LGSS (tras la modificación por el RDL 16/2013) de comunicar a la Seguridad Social los conceptos retributivos abonados (nuevo art. 147 TRLGSS); 2º.- Reformulación de la limitación porcentual aplicable a pagos salariales en especie (reforma del art. 26.1 ET, *ex* Ley 35/2010, 17 septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo); 3º.- Introducción de numerosos retoques de la normativa sobre protección del crédito laboral en situaciones de insolvencia empresarial.

11 Se echa en falta una reforma en profundidad de la Sección 4ª del Capítulo II del ET, preservadora de su flexibilidad, pero que cubra y brinde respuesta a viejos y nuevos enigmas que plantean las cada vez más sofisticadas políticas retributivas empresariales, fijando reglas más precisas al efecto, acogiendo en su caso los criterios jurisprudenciales imperantes. Y debería marcarse el margen de flexibilidad admisible, a distintos efectos (no sólo para la configuración y diversificación desde las distintas dimensiones, sino también a efectos de remuneraciones en especie, retribuciones variables, cálculo de remuneraciones mínimas correspondientes períodos de inactividad y, en general, reglas de determinación del salario regulador de derechos y garantías legales indisponibles, régimen de revisión salarial, consecuencias del impago puntual, regularización y compensación interna de excesos, etc.).

y *extraconvencional* tampoco ha venido a cubrirlas en plenitud y a completa satisfacción desde el punto de vista jurídico, particularmente en las cuestiones más complejas (como las que se suscitan en torno a la retribución variable).

## 2. LA FLEXIBILIDAD Y VARIABILIDAD DE LAS RETRIBUCIONES LABORALES: NUEVOS ASPECTOS CRÍTICOS

**A**sistimos a lo que podría denominarse ya una crisis sistémica del concepto iuslaboral de salario. Y a ello han contribuido factores exógenos y endógenos que examinamos seguidamente; lo que indiscutiblemente ha tenido también proyección sobre las fórmulas de remuneración variable y flexible que ocupará nuestra atención después.

### 2.1. Flexibilización interna del salariado y de la remuneración salarial

Los pilares jurídicos de la retribución salarial están sufriendo desde hace unos años un callado pero imparable proceso de remodelación, lo que afecta de lleno al problema de delimitación conceptual. Efectivamente, el objeto mismo del contrato y las condiciones laborales han perdido buena parte de su certidumbre o predictibilidad a remolque de la proliferación de normas que fomentan la denominada flexibilidad laboral y que tienen un reflejo importante en el régimen de puesta a disposición profesional y de prestación de servicios. Ello se traduce en la normalización del ajuste, al alza y a la baja, de las remuneraciones que percibe sucesivamente el trabajador.

Así, no puede descuidarse el proceso de evolución del «asalariado» hacia un modelo en el que se posibilita una mayor flexibilidad del «núcleo salarial» en algunas de sus vertientes (cualitativa, cuantitativa y temporal) con perceptible alejamiento del viejo paradigma de retribuir mediante una cantidad predeterminada, absolutamente regular, a cambio de un tiempo de trabajo cierto; que permanece esencialmente inmune a los riesgos económicos y laborales; y cuya actualización y revisión tendía a producirse al alza, al ir unida indisolublemente a la evolución del nivel de los precios.

Se han multiplicado, como mal menor<sup>12</sup>, medidas de ajuste salarial enderezadas a la eli-

.....

12 Nadie se atrevería a discutir sobre el carácter esencial del salario y la necesidad de que el mismo responda durante todo el transcurso de la relación laboral al triple paradigma de la estabilidad, la certidumbre y la regularidad, para cumplir con las exigencias internacionales, comunitarias y constitucionales de suficiencia e idoneidad para el cumplimiento de su función alimentaria; y para acomodarse también a principios básicos y exigencias derivadas de la *contractualidad* predicable del contrato de trabajo (inviabilidad de pactos que dejen al libre arbitrio de la

minación, reducción, modificación peyorativa, suspensión, congelación, o compensación y absorción –total o parcial–, etc. (cuando las circunstancias empresariales lo han requerido<sup>13</sup> y por los cauces instituidos legalmente al efecto –los reformados arts. 41, 84.2, 82.3, 86.1, así como el viejo art. 26.5 ET).

Asimismo, y desde otra perspectiva, la generalización de prácticas de diversificación e individualización salarial, dentro y fuera del marco de la negociación colectiva, permiten identificar un proceso de acrecentamiento de la flexibilidad de las políticas retributivas empresariales. De modo que puede decirse que se acusa una normalización expansiva de las diferencias salariales entre empleados de una misma empresa y/o sector de actividad<sup>14</sup>.

A ello debe unirse la apuntada apertura y llamada convencional (AENC) a huir de sistemas de revisión salarial automática y ligada en exclusiva a la evolución de los precios (*p.e.* que no toman en consideración otras variables económicas reveladoras de la situación económica, micro o macro, ni la productividad). Esa llamada ha tenido una perceptible acogida y también pasa a tener su reflejo en la evolución de los mínimos garantizados, en el diseño de las políticas retributivas empresariales y en los salarios individuales reales. En abstracto, estas últimas tendencias no representan novedad alguna, ni en el plano normativo, ni en el dogmático. Pero interesa poner de relieve que tienen ahora más proyección práctica efectiva, contando con un respaldo firme en la negociación colectiva.

En sentido contrario, distintos fenómenos en expansión merman flexibilidad al asalariado y a la remuneración salarial.

De una parte, la evolución del concepto mismo de tiempo de trabajo y la creciente flexibilidad de la normativa de referencia, pareja a la innegable revalorización del tiempo de libre disposición<sup>15</sup>, interactúa en el plano retributivo con relevantes consecuencias<sup>16</sup> y



empresa la determinación del equilibrio contractual o la alteración sustancial de la base del negocio, buena fe contractual, proscripción del abuso de derecho y del fraude de ley,...) . Incluso se ha reforzado en sede jurisprudencial la garantía de inmediatez a remolque de la moderna y rupturista doctrina del TS sobre impago de salarios y art. 50 ET –SSTS 20 julio 2012 (rec. 1601/2011) y 28 octubre 2015 (rec. 2621/2014) a cuyo tenor quien, tras interponer demanda de resolución indemnizada por impago reiterado y llamativamente prolongado en el tiempo, cesa en la prestación de los servicios, no rompe la relación, ni impide el éxito de la acción resolutoria. *Vid.* también las importantísimas SSTS 17 junio 2014 (rec. 1315/2013) que refuerza el criterio de la STS 29 junio 2012 (rec. 3739/2011) sobre automaticidad del devengo de intereses del 10% de lo adeudado, aunque la empresa se apoye en causas objetivas y razonables, que imposibiliten el pago puntual.

13 Y, en definitiva, por circunstancias y conforme a parámetros ajenos a la trayectoria profesional y a los resultados de la prestación laboral desarrollada por el trabajador.

14 Desde otra perspectiva, no puede obviarse que la descentralización de la negociación colectiva, los descuelgues y las prácticas de subcontratación empresarial hacen posible la normalización de la diferenciación salarial entre empresas de un mismo sector.

15 Asistimos a una contradictoria huida del *presencialismo*. La llamada desde diversos frentes a incorporar remuneraciones variables ligadas al desempeño, rendimiento y/o resultados convive con una tendencia impulsada por la jurisprudencia comunitaria a la revalorización jurídica y paralelo encarecimiento progresivo de los tiempos de simple disponibilidad y presencia en el ámbito laboral, se desarrolle o no alguna clase de trabajo efectivo –aunque no se llegue al extremo de obligar a compensar indeclinablemente esas horas como ordinarias, ni como extraordinarias, salvo en supuestos extremos– (SSTS 5 diciembre 2006, 20 febrero 2007, 27 enero 2009); STJUE 1 diciembre 2005 –Asunto *Dellas*– y Auto TJUE 11 enero 2007 –Asunto *Vorel*–.

16 *Vid.* STJUE 10 septiembre 2015, (Asunto C–266/14, *TYCO*), que podría forzar, no sólo un cambio de criterio

genera incrementos en cascada de las remuneraciones<sup>17</sup>. Efectivamente, nos encontramos con la frecuente adición de complementos o recargos especiales por trabajos realizados dentro del tiempo programado para el disfrute de los descansos y/o de los espacios de tiempo de libre disposición, y con variopintas fórmulas compensatorias de la mera disponibilidad y de la flexibilidad horaria<sup>18</sup> y, menos frecuentemente, para los supuestos de sumisión a regímenes de distribución irregular<sup>19</sup>.

Por otra parte, en sede jurisprudencial comunitaria se están endureciendo las reglas de cálculo de la remuneración correspondiente al período vacacional. Así ha ocurrido muy recientemente con percepciones vinculadas a resultados (incentivos y fórmulas salariales variables) y con otras partidas de devengo condicionado y ligado a las condiciones especiales en que se desarrolla habitualmente el trabajo (complementos por trabajo realizado y las circunstancias especiales en que se desarrolla el mismo); al considerarse que ambos tipos de elementos obligatoriamente han de integrar el cálculo de la remuneración mínima por vacaciones<sup>20</sup>.

Con ello, se merma aún más el estrecho margen de disponibilidad económica con que se cuenta en la práctica para reforzar el papel del salario variable dentro de las estructuras retributivas; salvo quizás: a) para incentivos, *bonuso* esquemas variables que sean verdaderamente extraordinarios, irregulares, no recurrentes, inestables o vinculados a períodos de referencia largos; y, b) para aquellos que, aun teniendo nominalmente carácter recurrente, puedan seguir siendo calificados como irregulares en su configuración de acuerdo con las especificaciones contenidas en los planes o pactos sucesivos que los enmarcan jurí-



en la jurisprudencia interna (STS 12 junio 2015, Caso *Altadis*, rec. 113/2014) sino también un razonable giro en las operaciones de calificación jurídico-laboral de los viejos pluses de transporte y distancia y de prestaciones en especie equivalentes sustitutivas (que pasarían a considerarse salariales, con el correspondiente incremento salarial en cadena).

17 La jurisprudencia comunitaria (Asunto *TYCO*) refleja la contradicción de nuestro renovado Derecho del Trabajo: la centralidad de la prestación laboral comprometida y de los frutos del trabajo es indiscutible; pero al mismo tiempo, también se revaloriza el tiempo de mera puesta a disposición y, lo que es más, la falta de libertad de disposición del propio tiempo anudada al cumplimiento de la obligación preparatoria en qué consiste el desplazamiento diario de ida y vuelta al trabajo. Con ello se estrecha el margen de libertad/autonomía para determinar, en general, no sólo el régimen de cómputo del tiempo de trabajo (a efectos de aplicación de los límites que representan la jornada y los descansos mínimos) sino también el régimen de retribución laboral, porque esos tiempos han de ser retribuidos. Aunque se admite a la par una mayor flexibilidad en cuanto a la retribución singular de lo que podría denominarse *tiempo de trabajo relativo* frente al *tiempo de trabajo efectivo*, como ya se hiciera en su momento con los tiempos de simple disponibilidad o de puesta a disposición. Aunque el pronunciamiento va referido a trabajadores móviles es fácil pronosticar que ese tipo de argumentación se haga extensivo a otros supuestos.

18 No necesariamente coincidente con la prevista para horas extraordinarias, siempre que la planificación de la jornada ordinaria y de la jornada máxima así lo permitan (*vid.*, por ejemplo, para trabajo durante la pausa del bocadillo, STS 12 noviembre 2015 (rec. nº 14/2015, Asunto *ADIF*)).

19 LÓPEZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup>. J., *Distribución irregular de la jornada*, Francis Lefebvre-El Derecho, 2015, pp. 40 y ss.

20 SSTJUE 22 mayo 2014 (Asunto *Lock*); y 15 septiembre 2011 –Asunto *Williams*, C 155/10–. No conformándose el TJUE con asegurar que eventuales diferencias retributivas *in peius* tengan un efecto disuasorio en cuanto al disfrute efectivo de este derecho a gozar de un período de descanso y de ocio, establece una regla de comparabilidad con la retribución ordinaria/normal correspondiente a los períodos de ejercicio o ejecución del trabajo; y obliga a que se tome «una media sobre un período de referencia que se considere representativo»; lo que plantea complejos interrogantes.

dicamente (causas y condicionantes de devengo extraordinarios, heterogéneos regímenes y variables de cuantificación, elementos temporales: período de generación, calendario de pago,...) y, por ende, considerarse excluidos de la remuneración normal<sup>21</sup>. Esta invasión del terreno retributivo –en interpretación de una Directiva en materia de seguridad y salud– sólo podría considerarse aceptable si se admite que en la adaptación de nuestros marcos convencionales a la cuestionable jurisprudencia comunitaria, las empresas pueden redistribuir la masa salarial disponible para dar cumplimiento a estas exigencias y con efectos hacia el futuro sin incrementar los salarios<sup>22</sup> (naturalmente, mediante el ejercicio regular de las facultades regladas de ajuste salarial<sup>23</sup> o de otras condiciones de trabajo, en aras de preservar el equilibrio contractual y convencional (*p.e.* dependiendo de la fuente y condición que vaya a verse alterada: art. 41, 82.3, 84.2, 86.1 ET)<sup>24</sup>). Hacia el pasado, y a la luz de los términos de la reciente STS 30 noviembre 2015<sup>25</sup>, no parece, sin embargo, que vaya a reputarse admisible en evitación de sobrecostes sobrevenidos el recurso a la invocación de la compensación interna con otras partidas, conceptos o mejoras (*ex arts.* 1.195 y 1.196 del C. Civ.<sup>26</sup>).

De igual forma, asistimos a un progresivo fortalecimiento de los denominados salarios de inactividad, anudado al encarecimiento de la base remuneratoria mínima tomada como

.....

21 *Vid.* STS 30 noviembre 2015 (rec. 48/2015) (Asunto *Telefónica*), que recuerda, en línea con la SAN 21 de julio de 2014 (autos núm. 128/2014) que para que un concepto salarial sea excluido de la retribución de las vacaciones no basta que este concepto sea debido a una circunstancia no habitual en el trabajo realizado, sino que es preciso que el trabajo mismo que se remunera sea también extraordinario. No queda claro si el TS mantendría el tradicional criterio de permisividad, en la línea de la STS 26 julio 2010 (rec. 199/2009), para aquellos casos en los que el convenio formule reglas especiales excluyentes, posibilitando la exclusión de conceptos extraordinarios o inestables. Pero, a falta de esa vía de escape, precisa que las «remuneraciones extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal» (que obligatoriamente se incluirían en la base salarial de referencia) «han de computarse en su promedio, y no en su integridad». Es más que previsible que la jurisprudencia interna evolucione para acoger en términos universales esa nueva jurisprudencia comunitaria.

22 Opción que no se cierra desde las citadas SSTJUE, y que supondría fijar un calendario de liquidación y pago flexible. De modo que, basándose en una cifra estimada y realista de lo que podría devengarse en el transcurso del año, debidamente prorrateada en los 12 meses del año, se garantice la percepción del importe medio durante las vacaciones, sin perjuicio del establecimiento de un mecanismo de ajuste de diferencias (al alza o a la baja) al terminar el año.

23 Se excluye la invocabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* por pretendido desequilibrio del convenio (STS 30 mayo 2011).

24 Entender que los salarios deben obligatoriamente incrementarse y tomando una base salarial omnicomprensiva en el sentido más riguroso del término, para absorber también absolutamente todas y cada una de las remuneraciones que tengan carácter variable, inestable y extraordinario, genera un forzado y cuestionable entrecruzamiento de los problemas de cuantificación y de periodificación del salario. Sobre el particular, resulta imprescindible la cita de DE LA VILLA GIL, L. E., «La nueva lectura del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en los complementos salariales», *Trabajo y Derecho*, núm. 1, 2015, pp. 12–26; y SANTOS IGLESIAS, A., «Nueva doctrina judicial sobre la retribución de las vacaciones: La inclusión del salario variable y «excepcional»», *Trabajo y Derecho* núm. 5, 2015, pp. 132–136. Con pronóstico pesimista.

25 Rec. 48/2015. Se expresan serias dudas sobre la viabilidad de un pacto que lo establece de antemano.

26 Lo que resulta criticable, salvo en supuestos ciertamente excepcionales y genera serias dificultades de gestión salarial, abriéndose un foco inagotable de litigiosidad. No acaba de entenderse por qué no basta una retribución suficiente para asegurar descanso y ocio; y, por el contrario, se tiende a la equiparación plena a períodos de trabajo ordinarios. Ni por qué la oscilación de ingresos, notable incluso, puede tolerarse en períodos de actividad, y no en los de inactividad. Debe presumirse la capacidad del trabajador de planificar su economía personal y familiar asumiendo las oscilaciones razonables entre los períodos de actividad y los de inactividad.

referencia por nuestros tribunales, con entrecruzamiento de los problemas de calificación y de cuantificación, que afecta también a los variables. Esa mayor rigidez es palpable, y pareja con la multiplicación de las situaciones personales y conciliadoras de responsabilidades protegidas de manera intensa desde el plano legal (para salvaguardar, entre otros derechos, el de protección de la salud de los trabajadores y para poner a salvo sus intereses familiares). Desde el terreno jurisprudencial van formulándose y consolidándose criterios y reglas que, en clave de protección económica máxima, van ganando fuerza y propagándose a heterogéneas situaciones de in-actividad retribuida, asegurando durante las mismas la nivelación y/o la homogeneización<sup>27</sup> con respecto a la remuneración (en sentido amplísimo) correspondiente a períodos de actividad laboral efectiva; y considerando todas las circunstancias y condiciones de devengo de las partidas salariales contempladas en la estructura de referencia, sean ordinarias o extraordinarias. En esencia, dichos criterios y reglas vienen a conformar una suerte de garantía de inmunidad retributiva omnicomprendensiva operativa en cada vez más numerosas situaciones «sensibles» y con intensidad creciente –en cuanto a los conceptos y en cuanto a las cuantías preservadas–<sup>28</sup>.

En general, en los casos de disfrute de permisos retribuidos (art. 37.3 ET) es claro que no debe producirse un impacto peyorativo directo en el incentivo; pero la ausencia podría impactar indirectamente en términos desfavorables en cuanto a la consecución de los objetivos o resultados. La garantía retributiva, de contornos no precisados legalmente, viene a hacerse corresponder con la que opera a efectos de vacaciones (*p.e.* la retribución normal o media, correspondiente a la actividad ordinaria) salvo que se introduzcan mejoras convencionales, contractuales o por concesión unilateral que mejoren esa protección económica mínima garantizada.

No obstante, algunas situaciones, sin llegar a quedar cubiertas por una garantía de indemnidad o inmunidad retributiva de alcance absoluto –que la ley no consagra de manera expresa–, podrían merecer una solución más protectora. Así, al menos para los casos de ejercicio de derechos de conciliación trabajo-familia, conviene establecer una cláusula de

.....

27 STS 17 noviembre 2015 (rec. 318/2014, Asunto *Cremonini*), referida no al cálculo del incentivo efectivamente devengado mismo y a la inmunidad del beneficiario en los casos de concurrencia de vicisitudes durante el período de trabajo tomado como referencia para el devengo (IT, maternidad, riesgo en embarazo, o reducción de jornada por motivos familiares del art. 37.4 ET) sino al cálculo del salario que se toma como referencia o factor de cálculo del importe a lucrar por incentivos ligados a objetivos, que ha de ser el referido a jornada ordinaria, sin «incidencias». También *vid.* la importantísima STS 27 mayo 2015 (rec. 103/2014) referida a la inviabilidad de ajustes proporcionales en la cuantía del incentivo y en el período de trabajo de referencia para su devengo en caso de ausencias justificadas de más de 30 días, en lo que respecta a las correspondientes a las primeras seis semanas de baja por maternidad (con cita de la STS 23 noviembre 2011).

28 Para el crédito horario sindical (STS 18 mayo 2010 (rec. 733/2009)).

La STS 6 marzo 2012 (rec. 80/2011) también adopta un enfoque expansivo, considerando que el criterio de indemnidad económica predicable de la situación de baja por maternidad (acogido en la STS 9 diciembre 2009 (rec. 8/2008), sobre lactancia acumulada) «también pudiera adecuarse a los permisos que se recogen en el listado del precepto convencional analizado, pues se trata en muchos de ellos de situaciones propias de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». STSJ Madrid 21 diciembre 2004 (rec. 4951/2004) que añade consideraciones sobre la protección del menor.

escape o rescate, que fuerce a un reajuste del diseño inicial del plan, o que permita aplicar unos criterios de medición de la aportación del trabajador –de naturaleza objetiva y transparentes– alternativos a los previstos para los casos de normalidad que destierren el riesgo de considerar el sistema retributivo como fuente de resultados discriminatorios, lesivos de derechos fundamentales o de carácter *anti-familiar* o sencillamente contrarios a la igualdad de oportunidades. Más exactamente, convendría así tener prevista de antemano una fórmula de ajuste razonable (de objetivos, de períodos de referencia, de sistemas de medición del valor de la aportación de los trabajadores merecedora de remuneración complementaria, de criterios alternativos al tiempo de trabajo para cuantificar el valor merecedor de remuneración añadida, etc.), diseñada a medida de las particularidades de cada incentivo (su funcionalidad real, su carácter colectivo o individual, su carácter regular o excepcional, la extensión temporal de los períodos de trabajo de referencia, la necesidad de acreditar o no una aportación individual mínima –cuantitativa o cualitativamente determinada–, etc.) pero también acomodada a las particularidades de cada licencia familiar<sup>29</sup>.

Ciertamente no debiera producirse una pérdida retributiva automática; pero deben evitarse también supuestos de «*sobre-remuneración*» (doble pago, incluido). Y por ello, nos parece razonable, en principio (supuesto su carácter no sexista, ni penalizador de la asunción de cargas familiares), la extensión del tratamiento aplicado a otras ausencias del trabajador por motivos personales protegidas por la legislación laboral vigente. Pero la jurisprudencia parece más restrictiva especialmente, pero no sólo, en lo que respecta a la lactancia.

En cuanto a las reducciones de jornada por causas familiares, cabría efectuar consideraciones equivalentes. Es claro que la reducción no debe comportar un doble descuento o un descuento desproporcionado, aunque razonablemente produce efectos recíprocamente exoneradores equivalentes a los previstos para los casos de suspensión contractual<sup>30</sup>. En el caso de contratos suspendidos por causas familiares (no existiendo una garantía retributiva específica), debe evitarse, igualmente, que se produzca una pérdida retributiva colateral injustificada. Pero cabe efectuar paralelas consideraciones a las realizadas para los supuestos anteriores<sup>31</sup>. No parece adecuado el establecimiento de un sistema compensatorio de «carencia de incentivos» totalmente desconectado de la aportación o trayectoria laboral observada en el período de actividad completado.



29 Así, podría establecerse una reducción del período de referencia equivalente a la duración de la ausencia, con reajuste paralelo de los objetivos iniciales, en términos de proporcionalidad con la duración de la baja. No debe obviarse que esto sería inviable para las primeras semanas de la baja por maternidad (STS 27 mayo 2015, *cit.*).

30 Como se viene a sostener en la STS 11 febrero 2010 (rec. 80/2009, Caso *Air Nostrum*). *Vid.* no obstante las consideraciones recogidas en SAN 39/2014, 25 febrero.

31 STS 5 octubre 2010 (rec. 243/2009 Caso *ADIF*) viene a reconocer el derecho a participar en una prima por objetivos colectivos de productividad, sin exclusión y sin aplicar criterios de proporcionalidad estricta en función de horas de trabajo (porque no se contemplaba así, ni se exigía aportación individual cuantitativa o cualitativa); considerando inviable la práctica de descuentos a trabajadores con jornada inferior o afectados por situaciones de suspensión contractual.

A la luz de la jurisprudencia, interna y comunitaria, no obstante, las licencias por maternidad han de ser objeto de un tratamiento singularmente protector (quedando «blindadas» las primeras seis semanas, como ya se ha apuntado *supra*).

Con todo, en todos los casos planteados, parece que debiera jugar un elemental límite implícito: los trabajadores que ejercitan los derechos mencionados no han de cobrar un importe superior al que hubieran percibido de no haberse interrumpido o suspendido la prestación –o, en su caso, de no haber disfrutado de una reducción de jornada<sup>32</sup>. Y en los casos de suspensión de larga duración entendemos, además, que podría excluirse totalmente el derecho al cobro si no se cubriera un mínimo de permanencia o de prestación continuada predeterminado (siempre que la exigencia de dicho mínimo pueda reputarse razonable, una vez puesta en conexión con los objetivos, finalidades o metas perseguidos por la empresa con la introducción del incentivo variable en cuestión, y siempre que el sacrificio salarial se muestre proporcionado).

Este tipo de consideraciones pueden extrapolarse incluso a las situaciones de incapacidad temporal a falta de previsión específica de la que resulte otra cosa<sup>33</sup>.

Asimismo, en todo caso ha de tenerse en cuenta que durante las situaciones familiares o biológicas protegidas por la legislación de Seguridad Social el trabajador percibe una prestación que va ligada a bases de cotización y, por ende, a la remuneración total anual del trabajador, con aplicación del tope máximo; pero a veces se complementa; de modo que habrá que prestar especial cuidado en evitación de situaciones de pago de «excesos indebidos» (diferenciando incentivos ordinarios que se han computado para el cálculo de las bases respecto de los que no son susceptibles de cuantificación anticipada)<sup>34</sup>.

Todas las apuntadas líneas evolutivas expansivas influyen en la determinación del concepto de salario y en la identificación de las reglas seguras de calificación jurídica y de cuantificación de las heterogéneas percepciones económicas laborales en que se desdobra la retribución salarial real y, a la postre, de los variopintos elementos que conforman y condicionan la distribución de la masa salarial de las empresas.

## 2.2. Remodelación conceptual del salario a remolque de reformas de la normativa de cotización y de la normativa tributaria

Adicionalmente, en los últimos años hemos asistido a reformas de profundo calado de la legislación de Seguridad Social confluyente. Lejos de influir sólo en la conformación de las

32 STS 21 julio 2006 (rec. 4013/2005) y SAN 14 mayo 2009 (sentencia nº41/2009).

33 Atendiendo a que estos esquemas retributivos no pivotan sobre el tiempo de trabajo (y rompen con la cultura presencialista) sino sobre el desempeño y/o los resultados. *Vid.* STSJ Baleares 17 diciembre 2008 (rec. 283/2008); SSAN 10 noviembre 2009 (rec. 200/2009) y 6 noviembre 2009 (rec. 201/2009).

34 Aunque la cuestión resulta muy compleja de resolver. *Vid.* STSJ Andalucía, Málaga, 11 julio 2013, y ATS 30 abril 2014 (Caso ADIF), que da cuenta de las dispares respuestas a este tipo de problemas.

políticas, prácticas y tendencias de estructuración salarial, afectan a la esencia misma del concepto laboral general de salario. Queremos subrayar que el que podría denominarse *proceso de remodelación conceptual*, también es el fruto de la acción de concepciones o corrientes, influidas o determinadas por la evolución de la normativa extralaboral. Tradicionalmente ha sido la normativa fiscal la que más fuerza ha tenido en la conformación de las políticas y prácticas retributivas. A remolque de ella, y con más limitaciones, sobre todo desde la reforma de la normativa de Seguridad Social operada en 1997, también ha pesado el régimen de cotización y su evolución. Pero durante estas últimas dos décadas en el ámbito del Derecho del Trabajo el salario conservaría su autonomía conceptual a efectos laborales. Más recientemente, serán las normas de cotización las sometidas a una profundísima revisión; lo que, unido a las también imparables reformas de la normativa fiscal, la presupuestaria y la mercantil societaria<sup>35</sup>, viene a impulsar indirectamente un proceso sostenido de absorción por el concepto jurídico-laboral de salario de percepciones que tradicional y pacíficamente han venido considerándose extrasalariales. El terreno de lo extrasalarial podría llegar a contraerse, así, hasta límites insospechados.

El concepto jurídico parece evolucionar ahora en función de criterios economicistas, forzando la integración en el terreno salarial prácticamente toda percepción, partida o atribución patrimonial disfrutada por los trabajadores en el marco del contrato de trabajo y que encierre un coste o desembolso para la empresa con correlativo incremento de capacidad económica individual. Esa transformación conceptual viene a ser un fenómeno común a otras instituciones y ramas de nuestro Derecho. Pero en el caso del concepto iuslaboral de salario lo hace perdiendo su especificidad jurídica y, a nuestro modo de ver, sin la merecida consideración a su fisonomía singular, minimizando la importancia del estudio en profundidad de la causa de cada atribución patrimonial empresarial para la calificación jurídico-laboral y tomando un valor central variopintas consideraciones de naturaleza económica. Implícitamente se está reforzando la interdependencia conceptual respecto de las categorías y nociones jurídicas que las normas extralaborales, inspiradas en fines completamente distintos, de naturaleza recaudatoria, utilizan como referencia para la cobertura de estos últimos. Dicho fenómeno evolutivo no debe provocar un frontal rechazo<sup>36</sup>. Pero debieran respetarse ciertos límites, so pena de llevar al terreno salarial, con todas sus consecuencias y con las correspondientes disfunciones, percepciones que realmente no responden a una causa remuneratoria; y que incluso podría generar un efecto

.....

35 *Vid.* art. 249.4 Real Decreto Legislativo 1/2010, 2 julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, según redacción dada por la Ley 31/2014, 3 diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

36 Aunque debemos llamar la atención sobre una evolución conceptual que discurre ajena a los criterios de calificación comunitarios más recientes; lo que puede plantear serios problemas de orden práctico. A título de ejemplo, a efectos de cumplir las exigencias de la Directiva 96/71, sobre desplazamientos temporales transnacionales (STJUE 12 febrero 2015, Asunto C-396/13, *Sähköalojen*).

boomerang de retracción de políticas y medidas empresariales de naturaleza inequívocamente social (garantes de una protección económica personal y familiar que se dirijan exclusiva o prioritariamente a satisfacer necesidades extraordinarias de esa misma naturaleza, o lisa y llanamente a posibilitar y/o facilitar la conciliación trabajo–familia, etc.) o incluso forzar a la adopción de medidas de ajuste de otra naturaleza.

Esta observación sobre la evolución del concepto, lejos de ser útil sólo en el plano dogmático, tiene marcado interés práctico. Efectivamente, tiene proyección multidireccional: a) en el terreno de la calificación (pues del renovado concepto se harán derivar las correspondientes indisponibles reglas de calificación jurídica de las percepciones económicas laborales); b) en el de la cuantificación de derechos laborales indisponibles (como las indemnizaciones mínimas por extinción) o para acotar el alcance de garantías de salarios mínimos; c) así como en otros aspectos de régimen jurídico. Y tendrá consecuencias también en el marco del diseño de políticas retributivas, previsiblemente reduciéndose su margen de generosidad.

### 2.3. Pérdida de fuerza del concepto legal a efectos de cuantificación

Pero, además, de consolidarse esa línea interpretativa, la formulación actual del concepto legal de salario prevista en el art. 26.1 ET vería minimizado su clásico y generalizado papel como referencia general a efectos de cuantificación, pues sería el nuevo concepto, desdibujado jurídicamente en clave laboral, y ampliado, el que opere como referencia.

Sin desaparecer la llamada relatividad del concepto laboral a efectos de cuantificación, es previsible que asistamos a un crecimiento en cascada de los conceptos retributivos calculados en función del salario, salvo que en el marco de la negociación colectiva y/o en el de la contratación individual y/o en el de las concesiones y reglamentaciones unilaterales se cuide mucho la formulación (o reformulación) de las reglas de cuantificación de las distintas partidas y conceptos retributivos, no sólo los variables, sino también los conceptos retributivos o sustitutivos del salario, pero «dependientes del salario de actividad», con las acotaciones y precisiones normativas que en su caso operen. Se resucita así la vieja cuestión de determinar qué ha de entenderse por retribución normal, ordinaria, media,... y la de si los variables, cualquiera que sea su clase y fisionomía, se integran en ella. Para evitar crecimientos salariales colaterales, injustificados e inesperados, ahora más que nunca resulta preciso establecer: a) por una parte, las exclusiones en las bases salariales de referencia que se tengan por pertinentes y que no vulneren garantías de Derecho necesario en los ámbitos correspondientes; en definitiva, allí donde este tipo de pactos tengan cabida; y b) pero también, por otra, la concreción de los umbrales temporales de referencia razonables para promediar conceptos variables, inestables, condicionados, no consolidables y

extraordinarios que deban computarse. Dejar esta cuestión indeterminada generará crecimientos descontrolados de los salarios.

Y es que una cosa es que no pueda negarse su naturaleza salarial y otra bien distinta que, por ello, pasen a integrar la base salarial de cualquier derecho o garantía laboral, automáticamente y sin condicionantes o exigencias adicionales y sin posibilidad de escape, ni de pacto colectivo o, en su caso, individual en contrario. Y todo ello, sin confundir conceptos estables variables en su cuantía y conceptos de todo punto inestables o excepcionales<sup>37</sup>.

Con todo, la exclusión de partidas no siempre está permitida, por lo que la planificación de estrategias y el diseño de políticas y planes de retribución deben ser muy escrupulosos. Sin ánimo de exhaustividad:

1. Como es sobradamente conocido, en el marco de los principios de igualdad y de no discriminación por razón de género, en lo que a las remuneraciones respecta, se ha adoptado como referencia un concepto de remuneración amplísimo, no coincidente con el más estricto de salario acuñado en el art. 26 ET<sup>38</sup>.
2. Y, adicionalmente, en los casos de mandatos legales específicos garantes de la igualdad, las operaciones de cuantificación del salario debido al colectivo en situación de debilidad (que se acometen forzosamente tomando como referencia situaciones comparables) toman una orientación de máximos en su interpretación jurisprudencial<sup>39</sup>, minimizando el margen de flexibilización y, a la postre, de diversificación salarial<sup>40</sup>.
3. En el marco de la remuneración mínima vacacional hasta ahora sólo podría el convenio precisar y acotar la base salarial de referencia. Pero, a la luz de la más reciente jurisprudencia comunitaria, ni siquiera esto es seguro, como ya se ha visto, amén de que el margen de flexibilidad permitido es mínimo.

37 SANTOS IGLESIAS, A., *cit.*, p. 136.

38 Art. 157.2 TFUE y art. 2.1 Directiva 2006/54, 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Y, por todas, STJUE 5 de noviembre de 2014 (Asunto C476/12).

39 En el caso de tratarse de trabajadores a tiempo parcial no se les puede excluir del acceso a incentivos y remuneraciones variables; tampoco de los PRF. Y cualquier exclusión o diferencia peyorativa debe superar el complejo filtro de *razonabilidad, objetividad y proporcionalidad*. En la práctica, las dificultades son de entidad. Así, de tratarse de un incentivo vinculado a resultados colectivos, nuestros Tribunales sólo parecen aceptar la diversificación del importe a satisfacer en función del tiempo de trabajo real, de haberse establecido así de modo expreso y *ex ante* (SSAN 10 noviembre 2009 (rec. 200/2009) y 6 noviembre 2009 (rec. 201/2009)). No se aplica el criterio general de proporcionalidad, atendiendo a la singularidad de los incentivos ligados a productividad (pues no puede desconocerse que en muchos casos su contribución es más importante o intensa y no va ligada al tiempo de trabajo según un criterio de estricta proporcionalidad).

40 Para trabajadores con contrato de duración determinada, art. 15.6 ET. No obstante, en el caso de personal contratado por ETT para su cesión a usuarias, sólo con el alcance limitado que resulta de la garantía legal de igualdad diseñada en el art. 11.1 de la Ley 14/1994, reguladora de las ETTs. que sólo alcanza a las retribuciones, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo.

4. En el marco de las indemnizaciones mínimas por extinción, hemos asistido desde hace tiempo a un proceso de absorción de corte omnicompreensivo que no puede obviarse y que alcanza a retribuciones variables e irregulares.
5. También se tiende a utilizar una base salarial en imparable crecimiento con respecto a la remuneración correspondiente a horas extras<sup>41</sup>, al crédito horario sindical, a los «salarios de inactividad» correspondientes a variopintos licencias y permisos, etc.

En un corto plazo, estos pronunciamientos y tendencias expansivas forzarán, previsiblemente, importantes ajustes al alza en la masa salarial, amén de complicar significativamente la gestión salarial; y todo ello minará, en el proceso de salida de la crisis, las posibilidades económicas de añadir ingeniosas y atractivas fórmulas retributivas variables y flexibles<sup>42</sup>.

#### 2.4. Calificación de percepciones jurídicas: focos de litigiosidad visibles y ocultos

Asistimos a una relevante evolución de la doctrina judicial sobre pautas de referencia para solventar problemas de calificación jurídica que no debe pasarse por alto.

Se recupera la vieja categoría conceptual de *masa salarial* para poner de relieve que determinadas prestaciones económicas, aun cuando resulten calificables como gastos de acción social, presentan una vinculación con trascendencia jurídica respecto al contrato de trabajo en el que se enmarcan; quedando cerrada, así, la posibilidad de llevarlas extramuros del contrato de trabajo para desligarlas del marco de aplicación de la legislación laboral y someterlas a la normativa mercantil de referencia<sup>43</sup>; lo que resulta razonable, pero podría tener en un futuro impacto constrictor del terreno extrasalarial propio de los beneficios sociales ofrecidos de manera desestructurada, fuera de los Planes de Retribución Flexible (en adelante, *PRF*). Se recurre también a la categoría de remuneraciones diferidas<sup>44</sup> empleada por la normativa ordenadora de las remuneraciones en el ámbito público,

41 Y todavía más: en enero de 2015 el Comité Europeo de Derechos Sociales ha advertido a España que incumple el art. 4.2 de la CSE de 1961, al no tener establecido un sobrecoste para las horas extraordinarias. Aunque, con independencia de ello, y con la excepción de los incentivos incorporados a la retribución regular y de los incentivos desnaturalizados, que integrarían inevitablemente la retribución normal del trabajador, las remuneraciones vinculadas a la mayor cantidad de trabajo, dentro o fuera de la jornada ordinaria de trabajo, o a su mayor calidad (*p.e.* no correspondientes a una prestación laboral de servicios normal) podrían excluirse de la base de cálculo, en evitación de la duplicidad en el cobro. *Vid.* la polémica STS 21 febrero 2007 (rec. 33/2006), matizada y aclarada por STS 16 mayo 2012. Otra cosa es que el rendimiento o resultado obtenido durante las horas extras será, naturalmente, computable para el devengo de incentivos.

42 Sin que sea posible evitar estos imprevistos incrementos aduciendo que se produce una compensación interna con otras partidas ligadas a otros períodos (de actividad efectiva) y que superan, incluso ampliamente, los importes mínimos indisponibles de referencia.

43 STS 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015, Asunto *Liberbank* y *BCLM*), respecto de una suspensión de las aportaciones a planes de pensiones, con apoyo en STS 9 octubre 2015 (rec. 58/2015), sobre restricciones presupuestarias en el ámbito público.

44 El art. 29.2º EBEP (RD Legislativo 5/2015, 30 octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) califica como remuneraciones diferidas las aportaciones a planes de pensio-

para reforzar la argumentación en defensa de la *salariedad*. Esto resulta muy elocuente respecto de la evolución en un sentido expansivo del concepto de salario y de la más amplia noción de remuneración laboral. De alguna manera ello se intensifica, además, por el juego de la normativa mercantil societaria, cada vez más prolija y limitativa, dictada ante la generalizada desconfianza y repulsa hacia ciertas prácticas retributivas en el marco de las relaciones profesionales con las cúpulas directivas de nuestras empresas.

Pese a lo indicado, en la doctrina jurisprudencial sobrevive, con algún pronunciamiento rupturista<sup>45</sup>, la categoría extrasalarial conformada por simples y heterogéneos *beneficios sociales*<sup>46</sup>. Contando con perfiles propios, enmarcaría a prestaciones de incuestionable naturaleza jurídica laboral (puesto que sólo la condición de trabajador justifica la concesión empresarial y son fuentes jurídicas laborales las que se ocupan de su ordenación) pero que quedan fuera del terreno salarial delineado por el art. 26 ET, al no guardar vinculación o correlación causal con la prestación laboral desarrollada<sup>47</sup>. Se trataría de partidas ligadas a la mera circunstancia de la pertenencia a la empresa y que, resultando atractivos para los empleados y mejorando su capacidad económica, pueden actuar como incentivos y cumplir indirectamente una función de remuneración; en ocasiones, por lo demás, presentan un lazo de mera *ocasionalidad*<sup>48</sup>. Y ello por más que algunos tipos de beneficios sociales puedan contar con cierta singularidad en lo concerniente a su régimen jurídico, cuando su disfrute efectivo sea incierto, al quedar condicionado a la celebración de un negocio extralaboral y, en su caso, adicionalmente, a la concurrencia de una causa extraordinaria, y ajena a lo profesional, personal o familiar. Nos referimos, a la posibilidad de disfrute de descuentos en los productos o servicios ofrecidos al mercado por la propia empresa o al acceso a préstamos preferenciales. Pero no quedarían comprendidos todos los supuestos de entrega de vales, tickets o tarjetas regalo canjeables en establecimientos de terceros<sup>49</sup>.



nes y las contribuciones a contratos de seguro colectivo. Lo mismo ocurre en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado; la última (Ley 48/2015, 29 octubre, para 2016) en su art. 19.

45 La prima de seguros de vida y accidente se califica como prestación salarial en la STS 2 octubre 2013 (rec. 129/2012) con apoyo en que «deriva de la existencia de la relación laboral entre las partes y, es por tanto, una contrapartida a las obligaciones del trabajador»; entendiéndose que lo que podría aprovechar la declaración de extrasalariedad serían las prestaciones o indemnizaciones que en su caso se generen, pero no la prima del seguro. Se apoya también en la normativa fiscal y en la configuración de la nómina del trabajador. Y, en contra de nuestro parecer, se reputa intrascendente que el compromiso empresarial sea de carácter individual o, por el contrario, colectivo.

46 Y ello, pese al aparente carácter cerrado del listado de conceptos extrasalariales del art. 26.2 ET.

47 STS 25 febrero 2015 (rec. 432/2014, Caso BBVA) en la que, al calificar el contrato de préstamo con empleados como contrato de naturaleza laboral, se rectifica el criterio de la STS 12 noviembre 2014 (rec. 3051/2013).

48 Admite la categoría de meras liberalidades, con carácter excepcional, la STS 26 noviembre 2014 (RJ 2015, 742).

49 Se aplicaría el criterio doctrinal y jurisprudencial restrictivo delimitador de la categoría de *regalos o simples liberalidades*. Lógicamente, la prestación salarial sólo se materializaría, en su caso, con la utilización efectiva del vale y en ese preciso momento (aunque es evidente que el margen de incertidumbre sobre la efectividad del incremento de capacidad económica se reduce notablemente cuando se trata de establecimientos con condiciones ventajosas y con amplia y variada oferta de bienes y servicios, de consumo habitual). *Vid.* STS 2 diciembre de 2015 (rec. 229/2014, Asunto *El Corte Inglés*) aunque el sistema de descuentos en compras en Grandes Almacenes se considera sistema de retribución en especie.

Estas reflexiones tienen indudable interés a nuestros efectos, en la medida en que beneficios sociales introducidos de manera autónoma y como complemento a la retribución salarial debida, podrían teóricamente incorporarse a los *PRF*, manteniendo su precedente calificación como extrasalariales<sup>50</sup>, siempre que ése sea su origen y carácter y quede claro en todo momento. Pero conviene insistir en que la calificación que corresponde a estos beneficios sociales es la de prestaciones extrasalariales.

No es descartable, ante esta tendencia de *desconceptualización jurídico-laboral*, que acabe por considerarse también salarial toda prestación de previsión social complementaria financiada por la empresa (abstracción hecha de su integración o no en los *PRF*).

Otro tanto podría ocurrir con las mejoras de las indemnizaciones, incluidas las vinculadas a la extinción contractual; considerándose estas últimas una suerte de salario diferido<sup>51</sup>. Ello obligaría, por lo demás, a resucitar viejas cuestiones referentes al carácter tasado de la indemnización mínima por despido y a su compleja naturaleza jurídica<sup>52</sup> (pero, hoy por hoy, no podría asimilarse a un salario diferido<sup>53</sup>). Y quizás también se acabe por cerrar paso a la consideración como indemnización de cualquier clase de percepción compensatoria de la pérdida salarial en situaciones de inactividad (por ejemplo, las percepciones por suspensión, o por reducción de jornada por causas empresariales) que serían considerados salarios de inactividad, con la contradicción que ello encierra, ya que compensan y sustituyen al salario, sin equipararse a éste).

Este fenómeno o tendencia tendría, no obstante, consecuencias de orden práctico no uniformes en el terreno laboral<sup>54</sup>, mientras esté viva la relación laboral.

## 2.5. Cuantía. Límites mínimos y máximos, certidumbre e igualdad salarial

Recientemente hemos asistido a una reapertura del debate sobre la conveniencia de recurrir a distintas fórmulas renovadas de fijación de salarios mínimos, con rechazo de la mera aplicación de la vieja técnica anudada a la garantía del SMI<sup>55</sup> y a las desiguales garantías

50 Pero esta opción no resulta aconsejable, pues no hay unanimidad al respecto. Subsiste, en definitiva, el riesgo de que se considere como salarial al pasar al plan.

51 No plantean especiales dificultades en este sentido y, por eso se endurecen las exigencias los denominados beneficios de pensión, a veces millonarios, que se satisfacen a empleados clave, dentro o fuera de planes de retribución variable.

52 *Vid.* ATC 43/2014, 12 febrero (FJ 5º).

53 Salvo que prosperasen las propuestas de reforma en materia de contratación y despido, incorporando a nuestro sistema fórmulas de indemnización por extinción *al estilo austriaco* que irían acompañando a las propuestas (mal llamadas) de *contrato único*.

54 En el terreno de la cotización ya se ha producido tal giro y sólo escapa a la obligación de cotizar en el caso (inusual) de establecimiento en convenio colectivo con el carácter de mínimo. Aunque debiera equipararse el acuerdo colectivo alcanzado en el marco del procedimiento reglado de las suspensiones o reducciones por causas empresariales, no está claro que prospere esta línea interpretativa.

55 Se ha propuesto por otra parte, la fijación de un *complemento salarial garantizado* para empleos con salarios bajos para mejorar la situación de hogares con cargas familiares, que se sería articulado a través de créditos fiscales.

de mínimos acogidas en los convenios. Esta corriente ha recibido un espaldarazo recientemente, a remolque de la publicación en enero de 2015 del Informe sobre la aplicación en España de la CSE de 1961<sup>56</sup>. Pero en paralelo van cobrando fuerza propuestas sobre posibles límites máximos de carácter general<sup>57</sup>.

Tanto en el ámbito del empleo público, como en el ámbito privado –aunque con alcance sectorial y para determinadas categorías de trabajadores– se han adoptado algunas medidas protectoras del interés público, de intereses legítimos de terceros, así como garantes de la seguridad jurídica y del tráfico económico–financiero, que operan en sentido inverso al tradicional de nuestras normas laborales en múltiples dimensiones de las remuneraciones en sentido amplísimo. Lejos de ser garantistas para los trabajadores, reflejan el clima de desconfianza generalizado hacia remuneraciones variables excesivas y opacas, así como hacia las indemnizaciones y fórmulas variopintas de previsión social que con frecuencia han venido integrando el paquete retributivo de empleados, altos cargos o no, sobre todo en grandes empresas y en el ámbito financiero. Se restringe significativamente el juego de los variables, como luego se verá.

El debate sobre la igualdad salarial tampoco acaba de cerrarse y existe un margen ciertamente minimizado para la diferenciación salarial en el ámbito de la empresa, en el marco de la contratación individual y en el de las medidas empresariales de carácter unilateral, a menos que los criterios en los que se apoye la diferencia sean objetivos, contrastables y transparentes<sup>58</sup>. No faltan voces críticas, incluso con las diferencias retributivas intersectoriales e *interempresariales*<sup>59</sup> o *intragrupales*<sup>60</sup>, que propugnan una mayor nivelación

56 Conclusiones XX-3 (2014) – España, del Comité Europeo de Derechos Sociales, enero de 2015, artículos 2, 4, 5 y 6 de la Carta de 1961 y artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional de 1988 (pp. 12 y 13) que denuncia el incumplimiento de nuestro sistema normativo de fijación del SMI de la doble garantía de una remuneración digna y equitativa que instituye el art. 4.1 de la CSE 1961. Aunque ciertamente son pocos los trabajadores retribuidos estrictamente en función de los mínimos legales de referencia. Vid. también el recientísimo *Dictamen del Comité de las Regiones Europeo sobre Normas mínimas de remuneración del empleo en la UE* (2016/C 051/04), DOUE 10 de febrero de 2016.

57 Como hemos tenido ocasión de ver en los programas de distintos partidos políticos, que justifican estas medidas en fines redistributivos de riqueza y correctores de la desigualdad. Así, Izquierda Unida propone una medida fiscal que desincentivara la fijación de salarios elevados, ligada a la fijación de tope de salario máximo (operativo tanto para la empresa pública, como para la privada; y cuantificado en diez veces el salario mínimo interprofesional o, en su caso, el menor que establezca el convenio). Se pretendía gravar como donación «extrasalarial» todo exceso, tributando el donante bajo el impuesto de donaciones y el trabajador en su totalidad por el tipo máximo de IRPF (reseña publicada en el diario El País, 4 noviembre 2015, disponible en: [http://politica.elpais.com/politica/2015/11/03/actualidad/1446575758\\_335049.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/11/03/actualidad/1446575758_335049.html)).

58 Vid., por ejemplo, STSJ Madrid 18/2013, 11 enero (Asunto *Makro*).

59 Como solución de equilibrio en el caso de contrataciones, para contener o mitigar el riesgo de generación de estas brechas, y sin traspasar los límites de la libre competencia empresarial y la libre prestación de servicios, podrían fijarse mínimos de referencia en los pliegos de condiciones. Vid. la innovadora jurisprudencia recogida en STJUE 17 noviembre 2015 (Asunto *Regio Post*, C-115/14). Vid. también la última Propuesta de modificación de la Directiva 96/71, 16 diciembre, sobre desplazamientos temporales en el marco de la libre prestación de servicios, de fecha 8 marzo 2016 (COM (2016) 128 final. En ella, sin llegar a garantizar una equiparación plena con los trabajadores locales, se refuerzan las garantías mínimas, desde un concepto muy amplio de *remuneración*.

60 Vid. STS 21 enero 2013 (rec. 57/2012, Asunto *Cortefiel*), aunque rechaza que exista vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, de sus razonamientos parece desprenderse que es pertinente el juicio sobre inexistencia de desigualdad injustificada.

salarial. Incluso en algún pronunciamiento del TS reciente se llega a poner en cuestión la viabilidad de las dobles escalas de condiciones resultantes de la preservación de viejas ventajas laborales procedentes de convenio colectivo mediante las tradicionales cláusulas convencionales de garantía *ad personam* a empleados veteranos, rompiendo con la tradicional permisividad jurisprudencial<sup>61</sup>.

Siendo loables la intención y objetivo último de lograr una mejora de las condiciones de vida de los trabajadores, no puede desconocerse, sin embargo, que ni siquiera a la luz del art. 23.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>62</sup> se sostienen jurídicamente eventuales pretensiones de equiparación. Y es que al respecto debe tenerse en cuenta, como nos recuerda incansablemente el TC, el principio de igualdad no cuenta con un alcance absoluto, forzando una paridad absoluta en el ámbito salarial<sup>63</sup>; y, a la postre, sin perjuicio del juego de la proscripción general de la discriminación apoyada en circunstancias torpes, sino que convive en delicada relación de equilibrio con la libertad de empresa, la autonomía individual y la autonomía colectiva. De modo que existe cierto margen para la individualización y para la flexibilización del salario; y, desde esta perspectiva debe resaltarse que el variable<sup>64</sup>, lo mismo que el flexible, tienen todavía cabida e interés en nuestro sistema, aunque por definición provoquen diferencias en el plano retributivo.

Pero todavía queda camino por recorrer, en especial en el ámbito de las brechas salariales por razón de género, lo que requeriría intervenciones ordenadas a garantizar una mayor transparencia, sin merma del derecho a la protección de datos de carácter personal<sup>65</sup>, con el correspondiente incremento de la «carga formal» que pesa sobre las empresas en materia retributiva.



61 STS 21 octubre 2014 (rec. 308/2013). Aunque referida a tiempo de trabajo, no es descartable la extensión de esta construcción al campo salarial.

62 Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

63 Por todas, STC 39/2003, 27 febrero, sobre impago de *bonus* a trabajador despedido. STSJ Madrid 1066/2014, 13 noviembre (AS 2014, 3290) sobre exclusión del programa de *bonus* de trabajadora con reducción de jornada. *Vid.*, también las sentencias citadas infra al analizar las garantías de indemnidad retributiva en situaciones de conciliación trabajo-familia contempladas en nuestra legislación.

64 Incluso cuando se dota a la empresa de un cierto margen de discrecionalidad para la determinación de la efectividad del devengo y para la cuantificación del correspondiente el trabajador. Por todas, STSJ Madrid 376/2014, 25 abril (AS 2014, 1351).

65 *Vid.*, por ejemplo, *Recomendación de la Comisión, 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia* (DOUE 8 de marzo de 2014). En ella se llama a los Estados Miembros a establecer medidas adecuadas y proporcionadas para garantizar que los empleados puedan solicitar información sobre los niveles salariales, desglosada por género, para las categorías de trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Y se indica expresamente que «esta información deberá incluir los componentes variables o complementarios además del sueldo base fijo, tales como los pagos en especie y la participación en los beneficios».

## 2.6. Endurecimiento del tratamiento fiscal de los rendimientos del trabajo en especie y radical reforma del régimen de cotización de las percepciones económicas laborales en general

Las recientes y profundas reformas acometidas en el terreno normativo extralaboral<sup>66-67</sup> plantean un importante interrogante: ¿conserva su relativa flexibilidad y autonomía el viejo concepto laboral de salario? ¿o resulta ya inevitable un nuevo proceso de remodelación y convergencia hacia la normativa de tributación bajo el IRPF y/o hacia las nuevas normas de calificación y de cuantificación<sup>68</sup> de las bases de cotización a la Seguridad Social?

La nueva normativa de Seguridad Social, al restringir al máximo los supuestos de partidas excluibles de la base de cotización, fuerza cambios en la forma de gestión de los suplidos y prestaciones en especie asimilables, de modo que se evite el flujo patrimonial hacia el trabajador, mediante el uso de tarjetas corporativas. Se tratará de evitar que aquellas percepciones de naturaleza compensatoria e indemnizatoria no incluidas en el acortado listado legal de exclusiones de la base de cotización (art. 147 nuevo TRLGSS) puedan seguir escapando a la obligación de cotización<sup>69</sup>.

Pero, además, se someten a cotización las prestaciones en difusa frontera entre los suplidos y las denominadas prestaciones sociales de carácter privado y algunas prestaciones

66 Art. 17 RDL 20/2012, 13 julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; DA 2ª y DF 3ª RDL 16/2013, 20 diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores; y RD 637/2014, 25 julio, por el que se modifica el art. 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, 22 diciembre (en adelante, RCLDSS).

67 Como se sabe, la Ley 34/2014, 26 diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, implanta un novedoso sistema liquidación directa por la TGSS de las cotizaciones y resto de conceptos de recaudación conjunta, que sustituye al de autoliquidación, y a la postre un nuevo sistema de control de la recaudación por trabajador. A través del mismo la Seguridad Social envía mensualmente un borrador, confeccionado a partir de la información facilitada por la empresa, cumpliendo con la nueva obligación formal a su cargo: la de remisión de los llamados ficheros CRA, sobre los conceptos retributivos abonados, que habrá de confirmarse por ésta, remitiéndose telemáticamente. Aunque cabe reconocerle su mérito como herramienta de simplificación, una vez se superen todas las dificultades inevitables asociadas a la transición al nuevo sistema, debe reconocerse que no ahorra los numerosos problemas y dudas asociados a la satisfacción de prestaciones en especie, dentro y fuera de PRF. Vid. RD 708/2015, 24 julio, por el que se modifican diversos reglamentos generales en el ámbito de la Seguridad Social para la aplicación y desarrollo de la mencionada Ley 34/2014.

68 Las nuevas normas reglamentarias de desarrollo del reformado art. 109.2 LGSS (nuevo art. 147 TRLGSS) comprenden también innovadoras reglas de valoración monetaria de las prestaciones en especie. El nuevo art. 23 RCLDSS fuerza (sin posibilidad de apartamiento de estas disposiciones reglamentarias, obviamente) una cuantificación «a la baja» de los salarios y de las percepciones extrasalariales en especie, con la correspondiente mitigación, en algún caso máxima, del impacto recaudatorio de la reforma de la norma legal. Aunque aparentemente el RCLDSS está doblemente condicionado: 1) por la formulación legal de retribución sujeta a cotización del art. 109.2; y 2) por la formulación empleada para encabezar el listado de exclusiones; sin embargo se desmarca. Finalmente es irreprochable en su racionalidad, ya que: 1º.- mitiga el encarecimiento de cotizaciones anudado al acortamiento del listado de exclusiones y al paralelo crecimiento del campo de conceptos cotizables) y 2º.- evita que se dispare injustificadamente la base reguladora de prestaciones futuras y que se desequilibren injustificadamente bases de cotización con niveles retributivos iguales, por el solo hecho de disfrutar de prestaciones conciliadoras. Con todo, debe advertirse que dichas reglas de cuantificación no son exportables al terreno laboral.

69 Plantean problemas desde esta perspectiva de cotización los supuestos en los que se crea una cuenta a nombre del trabajador (como en el supuesto contemplado por STS 10 noviembre 2015, rec. 261/2014).

destinadas a cubrir gastos que razonablemente debe asumir la empresa, aunque el trabajador reciba una atribución patrimonial individualizable. Pero deberíamos asumir que estas últimas todavía pueden seguir siendo calificadas como extrasalariales a efectos laborales, aunque estemos asistiendo a un llamativo repliegue de sus fronteras por obra de nuestros tribunales y con oculto influjo de la normativa fiscal y de Seguridad Social.

Tropezamos ahora, ciertamente, con dificultades serias para el deslinde de los suplididos, ya que junto a las partidas clásicas y prototípicas que encajan en esta categoría en sentido estricto (dietas y gastos de desplazamiento), concurren otros gastos de personal que cubren fines e intereses profesionales y/o necesidades corporativas que, por identidad de razón, podrían entenderse integrados en esta última (tickets de comida y tickets de guardería, bajo determinados presupuestos, gastos de toda índole vinculados a viajes de inmersión en cultura empresarial forzados por ésta, desplazamientos profesionales en taxis, gastos de representación, prestaciones de bienestar laboral y promoción de hábitos saludables en el marco de iniciativas empresariales a desarrollar en equipo y en dependencias empresariales o en lugares elegidos por ésta, gastos orientados a cubrir el sobrecoste en la economía familiar generado por supuestos de movilidad geográfica, etc.).

La reticencia a aceptar en el ámbito laboral el carácter extrasalarial de los tickets de comida, salvo en el caso de que esté justificado por el régimen de jornada aplicable<sup>70</sup> parece abrir nuevas posibilidades y argumentos para considerar también el ticket guardería, por su naturaleza, como percepción extrasalarial. Sin embargo esto último dista de estar claro; y habría que atender a los criterios de acotación del colectivo de beneficiarios.

En todo caso, como veremos lo que ya está claro es que definitivamente se cierra paso al interés en clave de cotización a la Seguridad Social de los *PRF*. No así para aquellos beneficios o ventajas sociales en especie «independientes» que: a) o bien escapan a la obligación de cotización –con condicionantes explícitos y añadidos que acompañan a la propia declaración legal de exclusión (prestaciones formativas exigidas por el desarrollo de las actividades o características de los puestos de trabajo<sup>71</sup>)– o bien, aun engrosando la base de cotización, no lo hacen por su importe íntegro (entendido éste como el incremento de capacidad económica que proporciona la prestación, tomando como referencia valores medios de mercado)<sup>72</sup>.

70 La STS 3 octubre 2013 (rec. 1678/2012) parece hacer suya la doctrina de suplicación a cuyo tenor el cheque comida tiene carácter indemnizatorio cuando compensa por los gastos que tiene el trabajador al verse obligado a realizar la comida fuera de su domicilio los días de trabajo, mientras que tendrá naturaleza salarial cuando se abone con independencia del trabajo realizado y de sus circunstancias. El forzado mantenimiento de herencias del pasado como la normativa que obliga en determinados casos a la instalación y organización de comedores de empresa (y no a la financiación completa de la comida, obviamente). Las SSTS 26 diciembre 2011 (RJ 2012, 250) y 19 abril 2012 (RJ 2012, 5862) contribuyen a mantener vivo el problema de calificación.

71 Art. 23.2.D) RCLDSS.

72 En general, se ha optado por otro criterio de valoración, que reduce el poder recaudatorio: el *coste medio* para el empleador, considerando el número de *perceptores potenciales*. (art. 23.1.B) b) RCLDSS). Solamente escapan las

La nueva normativa fiscal de referencia de ámbito estatal mantiene su limitada «generosidad», con cambios de interés a los efectos que nos ocupan<sup>73</sup>:

1. Cambia la calificación de algunas prestaciones antes catalogadas como *no sujetas* (inexplicablemente, puesto que deberían haberse calificado como prestaciones sujetas, aunque *exentas* en todo o en parte) y que ahora pasan a considerarse rentas sujetas, aunque conservan la exención legal. Pero se constriñe el juego de una de las exenciones que contempla (la relativa a entregas de acciones a los empleados, endureciendo las exigencias concernientes a la proyección necesariamente general de la oferta<sup>74</sup>).
2. Elimina el tratamiento fiscal ventajoso de los equipamientos informáticos o dispositivos electrónicos y conexión a Internet<sup>75</sup>.
3. Algunas prestaciones de previsión social que podrían tener recorrido en el seno de *PRF* pierden parte de su atractivo, al reducirse el importe de la reducción máxima aplicable (es el caso de las aportaciones a planes de pensiones y a planes de previsión social empresarial)<sup>76</sup>.
4. Los criterios de valoración en términos monetarios de las prestaciones en especie se mantienen, aunque en los supuestos de *renting* de vehículos eficientes energéticamente, se abre la posibilidad de aplicar una reducción sobre el valor general resultante de la norma tributaria, de entre un 15 y un 30%<sup>77</sup>.

Pero previsiblemente nada de ello pondrá en entredicho la supervivencia de la retribución flexible, o de los beneficios sociales «independientes» más extendidos, puesto que al margen de la mayor o menor magnitud de las economías de opción y de las *economías*



prestaciones educativas facilitadas por centros educativos, hasta Bachillerato o Formación Profesional y la utilización de servicios empresariales propios de guardería, vivienda propiedad de la empresa, vehículos y préstamos. Los tres últimos toman los criterios de valoración tributarios. Y los dos primeros un complejo criterio de valoración propio «minimizador»: coste marginal, entendido, en esencia, como el incremento del coste total directamente imputable a la prestación ligado a la admisión de un alumno adicional (art. art. 23.1.B) b) RCLDSS). También las entregas de acciones o participaciones toman un criterio propio.

73 Ley 26/2014, 27 noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, 28 noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF 2006) el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, 5 marzo, y otras normas tributarias. Real Decreto 633/2015, 10 julio, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, 30 marzo (RIRPF 2007) y el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, 30 julio. Han de tenerse en cuenta las particularidades en cuanto a tratamiento favorable fiscalmente de determinadas prestaciones en especie que resultan de las normas autonómicas de referencia (tipos de prestaciones favorecidas, topes y presupuestos o condicionantes). Sobradamente es conocido el apartamiento de la normativa foral del País Vasco en este campo.

74 Art. 42.2.f) LIRPF; y art. 43.1 RIRPF.

75 El régimen fiscal ventajoso *ex DA 25ª* LIRPF 2006 no estaba previsto ser prorrogado para 2015.

76 Aunque productos, como el Seguro de ahorro colectivo utilizado para instrumentar compromisos por pensiones, presentan a corto plazo ventajas, dado que la imputación fiscal queda diferida al momento del rescate.

77 Nuevo art. 48 bis RIRPF.

*de escala* que posibilita, todavía resulta atractivo que sea el empresario quien se ocupe de gestionar el acceso a productos y/o servicios idóneos para cubrir variopintas intereses y necesidades particulares –personales o familiares– de los trabajadores. De hecho, siguen teniendo proyección prestaciones en especie típicamente incorporadas a los PRF: como los vales o tickets de comida, los servicios de guardería y prestaciones sustitutivas, los seguros de asistencia sanitaria<sup>78</sup>, las actividades formativas externas, las prestaciones para jubilación, así como las tarjetas de transporte público, vivienda facilitada por la empresa, vehículo, etc.

### 3. RETRIBUCIÓN VARIABLE

#### 3.1. Concepto y configuración

Se trata de fórmulas de retribución mediante las cuales se articula una traslación, necesariamente moderada, del riesgo empresarial en sede retributiva, configurándose una *esfera de riesgo compartido*<sup>79</sup>. Más exactamente, se vincula la remuneración total debida al grado de *satisfacción empresarial* con los resultados de la actividad profesional desarrollada (productividad y/o rendimiento, calificado en términos cuantitativos y/o cualitativos; que podría ser medido tanto en el nivel individual, como en el colectivo; pero también puede tomarse el desempeño o las competencias profesionales –formación, alineación con nuevas formas de organización interna y del trabajo, etc.– y en general variables o referencias personales o subjetivas, pero susceptibles de objetivación y contraste<sup>80</sup>), Y/o se liga aquélla a los resultados empresariales (cumplimiento de objetivos, evolución favorable o estabilización de indicadores económico–financieros, expansión o crecimiento empresarial, etc.)<sup>81</sup>.

78 La Ley 48/2015, 29 octubre eleva el límite máximo exento a 1.500€ por persona, si sufriera una discapacidad.

79 La lógica y la funcionalidad subyacente es evidente: la conveniencia de mitigar los riesgos anudados tanto a la situación económica y/o empresarial, como los vinculados a la incertidumbre que caracteriza a los resultados laborales y su valor e interés efectivo, mayor o menor, para la realización de objetivos y satisfacción de intereses empresariales. Ello explican la apertura hacia estos sistemas, una vez cubiertas exigencias mínimas (legales, convencionales y, en su caso *extraconvencionales*) de certidumbre de la remuneración. Pero a ello se añade, en determinados perfiles, la búsqueda de correlación con los niveles de responsabilidad de toda índole asumida y el interés en potenciar la productividad y la alineación con intereses empresariales.

80 Para evitar situaciones de agravio y de discriminación prohibida. *Vid.* STSJ Castilla–León, Valladolid, 19 junio 2013 (AS 2013, 2704) sobre complementos personales que se consolidan, que proporciona referencias a tomar en consideración para un diseño y gestión adecuado del variable ligado al desempeño; esencialmente, la necesidad de reforzar la transparencia si existe un impacto peyorativo generalizado sobre colectivos sensibles.

81 Las referencias, indicadores o magnitudes que permiten vislumbrar la situación y resultados de la empresa, y que se pueden manejar tanto en sede convencional como extraconvencional son, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes (tomados del Informe *Cláusulas de variación salarial ... cit.*, p. 3): «*todos los criterios que pueden extraerse de las Cuentas anuales de la empresa (ventas, resultado del ejercicio, resultado de explotación, EBITDA, etc.); de las cifras de producción (unidades producidas, número de clientes, número de servicios, ocupación de establecimientos,*

De modo que en el primer caso se le exige al trabajador una implicación o participación profesional reforzada y avalada por resultados y, en definitiva, algo más que limitarse a cumplir con la deuda de actividad que pesa sobre él; y en el segundo caso la cuantía de la retribución queda a expensas, directa o indirectamente, del comportamiento de *variables y riesgos extraños a la prestación laboral*.

Y ello, con independencia de que el variable se erija en *sistema* de remuneración básico o constituya sólo un *elemento* accesorio o complementario de la retribución básica fija –y que podría estar previsto ya en el proceso de determinación salarial inicial, o incorporarse en las sucesivas revisiones del salario total o de partidas salariales específicas–. Pero su versatilidad es limitada, sin que puedan diseñarse, modificarse o retirarse libremente y a capricho o en función de la pura conveniencia o comodidad empresarial (contraviniendo el tenor de los arts. 7.2 y/o 1091 y 1256 del C. Civ.)<sup>82</sup>. Por el contrario, el empresario en el ejercicio de sus poderes de determinación salarial y de los modificativos de los salarios de partida debe someterse, respectivamente, a las reglas laborales, legales y convencionales, en materia de estructura y de cuantía y revisión mínimas, así como a los cauces reglados de ajuste salarial contemplados en el marco legal (diversificados en función de la naturaleza de la fuente de la condición retributiva a modificar y con distintos requerimientos causales) y cuya excepcionalidad no debe ponerse en duda. Y la *potestad premial* empresarial está cercenada por más límites de los que puedan imaginarse en una primera aproximación.

Además, y en todo caso, aunque ciertamente se modula la ajenidad del trabajador en lo que respecta a los riesgos<sup>83</sup>, su establecimiento debe ir forzosamente acompañado de garantías de estabilidad, continuidad y suficiencia del importe finalmente satisfecho como salario total.

No debería confundirse, ni mezclarse, por consiguiente, este tipo de sistemas de remuneración variable que ahora nos ocupa, o lo que no pasaría de ser un simple componente



*cartera de contratación, entre otros); de la consecución de los objetivos de la empresa; de otros aspectos que se relacionan con la calidad, cantidad y coste de la actividad de la empresa (número de reclamaciones de clientes, devoluciones de producto, absentismo, etc.) o de combinaciones de las anteriores (precio venta/hora, beneficio/ventas, beneficio/masa salarial...).* EBITDA (beneficios antes de la deducción de importe correspondiente a intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones). EBIT (beneficios antes de la detracción del importe correspondiente a intereses e impuestos).

82 Y es que no debe confundirse un *derecho condicionado contractualizado*, con una *mera expectativa de derecho*. Así, en SAN 23 septiembre 2010 (rec. 142/2009); y en SSTS 8 julio 2010 (rec. 183/2009) y 19 septiembre 2011 (rec. 189/2010, Caso *Ericsson*).

83 En el marco del contrato de trabajo, salvo que el nivel de riesgo se module a través de retribuciones variables, la empresa asume tanto el *riesgo de empresa propiamente dicho*, como el que podría calificarse de *riesgo de la prestación* o *riesgo laboral*. Sobre la distinción entre ambos tipos de riesgo, dado su interés en su proyección práctica, y pese a que la delimitación es compleja (pues el riesgo laboral está fuertemente condicionado por el conjunto de factores que conforman el riesgo de empresa), *vid.* GARCÍA ABELLÁN, J., «El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo», *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XVII, núm. 3, 1959, D-284.

o partida variable inestable susceptible de integrar la estructura salarial convencional o contractual de referencia, con partidas de devengo condicionado y, razonablemente no consolidables, que se ligan de manera causal al modo de ejecución de la prestación, a las condiciones ambientales o a las características singulares de ésta o a circunstancias especiales, contingentes o no; y que podrían ser extraordinarias o no (nocturnidad, toxicidad, turnicidad, penosidad, disponibilidad, responsabilidad, etc.). Este último tipo de partidas podría caracterizarse también por su falta absoluta de estabilidad, forzando oscilaciones en la remuneración total a percibir por el trabajador; y serían reconducibles a la categoría legal de complementos salariales, pero no constituyen propiamente remuneración variable y suscitan problemas de régimen jurídico bien distintos, que deben resolverse conforme a claves diversas (en principio mucho más garantistas).

Podemos diferenciar: a) incentivos individuales; b) incentivos colectivos; c) incentivos ligados a resultados globales, empresariales o grupales; o d) fórmulas de remuneración ligadas a la evolución del valor de los activos financieros de la compañía.

### **3.2. La eventual utilización del variable como instrumento de convergencia, recuperación, homogeneización, racionalización o modernización de las estructuras salariales**

La «variabilización» del conceptos fijos garantizados hasta un momento dado, particularmente de aquellos que han perdido su especificidad o interés desde un punto de vista funcional, resulta admisible, aunque con sujeción a requerimientos y limitaciones heterogéneas; y el alcance de estos últimos depende básicamente –pero no sólo– de la naturaleza de la fuente jurídica de la que proviene del fijo sobre el que se quiere actuar y del momento, así como de la causa y finalidad perseguidos con estos procesos de reestructuración salarial. Y en todo caso, salvo que las circunstancias empresariales lo impidan, debería articularse un proceso de transición no traumático, pudiendo optarse por fórmulas intermedias, de doble condicionante de devengo, como la de reconocer complementos ligados a la continuidad o permanencia o a la antigüedad, pero exigiendo resultados empresariales favorables; o introducir variables ligados al desempeño también sólo si los resultados empresariales son favorables, a fin de recompensar el esfuerzo y la alineación con intereses empresariales pero sólo en tanto se traduzcan en un mayor valor para la empresa.

El salario variable puede operar también como un instrumento eficaz para la homogeneización salarial y la convergencia de derivas salariales, en evitación de la perpetuación de dobles o múltiples escalas de condiciones basadas sólo en razones históricas y en la fecha de ingreso. Esta opción homogeneizadora resulta viable, tal y como se predicara en su momento de la retribución flexible para unificar paquetes o planes de beneficios sociales y/o de prestaciones en especie, aunque se presenta llena de dificultades (prioridad del con-

venio en la determinación del sistema y estructura salarial, con garantía de intangibilidad de conceptos y cuantías previstos en el convenio; y fortísimas restricciones al juego de la compensación y absorción, esencialmente).

Quizás en algunos de estos procesos lo aconsejable, aunque no exento de problemas y del riesgo de generar litigiosidad, la alternativa más razonable a la creación y perpetuación de una doble escala, sea el recurso a la «compra» del concepto a eliminar<sup>84</sup>; pero sin que sea posible salvo en supuestos residuales y de proyección no colectiva, el recurso a la negociación y el pacto individualizado .

También puede emplearse el variable como instrumento para guiar un proceso de recuperación salarial tras un período de ajustes a la baja o de congelación, como los que se han vivido en muchos sectores y empresas. En este sentido, es ahora el momento idóneo para la negociación, el acuerdo, el relanzamiento y la generalización del variable en sus distintas manifestaciones; aun asumiendo que su proyección y el interés que suscita será desigual según sectores o dimensión de empresa, y atendiendo al tipo de ocupación profesional, a los niveles salariales de partida y a la misma tradición retributiva. Y que en el marco sectorial, salvo por lo que respecta a la modernización de los sistemas de actualización periódica resultará complejo, e incluso desaconsejable, el diseño de modelos rígidos de remuneración variable a incorporar a las estructuras retributivas estables de las empresas incluidas en el sector.

### 3.3. La progresiva pérdida de su potencial flexibilizador

Como se apuntó, van ganando terreno moderadamente en el marco de la negociación colectiva, en donde pueden hallarse cláusulas vanguardistas en la materia<sup>85</sup>. Pero no puede ignorarse que el éxito y expansión de estas fórmulas requiere en muchos casos la superación de una natural reticencia empresarial (por resultar mucho más complejos de gestionar, por el escaso margen económico con que se cuente para implementar subidas, por el recelo a difundir información económico-financiera sensible, por la búsqueda de seguridad asociada a la completa predictibilidad de los costes directos e indirectos, ante la innegable pérdida de flexibilidad de los variables, por encerrar un riesgo de incremento de la litigiosidad). Singulares dificultades se plantean, por lo demás, en el marco de las PYMEs. Y aunque no puede negarse que podría ser más que atractivo en la fase de arranque del proyecto empresarial el fijar una parte importante de la remuneración en términos



84 Y parece aplicable la reducción fiscal del 30% prevista en el art. 12 RIRPF, apartado e).

85 Pueden verse ejemplos en TODOLÍ SIGNES, A., *últ. op. cit.* . Así, por ejemplo, requerimiento de una exitosa superación de concursos o de encuestas de satisfacción de los clientes, o del logro de mejoras que se traduzcan en un ahorro de costes.

variables, y pese a que la ley no fija un porcentaje máximo de variable en el conjunto de la remuneración, la traslación de riesgo debe ser moderada.

Distintas medidas e intervenciones adicionales a las ya analizadas han mermado su potencial flexibilizador. Así, y sin ánimo de exhaustividad: 1º.- El endurecimiento de las exigencias de gobernanza retributiva y gestión responsable de riesgos en el ámbito financiero y en sociedades cotizadas<sup>86</sup>, así como en el ámbito público, comportan una serie de limitaciones concretas insoslayables<sup>87</sup>; 2º.- La generalizada llamada a la mejora de la transparencia, en pos de una mayor efectividad de los principios de igualdad y no discriminación (y ello, en cuanto a las concretas condiciones de devengo y cuantificación, que habrán de estar perfectamente determinadas, así como en lo que respecta al establecimiento de mecanismos adecuados y operativos para la verificación de su grado de cumplimiento efectivo) lo que se traduce en una mayor objetivación y en el estrechamiento de las posibilidades de fijar variables de naturaleza subjetiva y del margen de discrecionalidad empresarial y en la complicación notable de la gestión retributiva. 3º.- Ciertas respuestas jurisprudenciales que progresivamente acotan los límites jurídicos del variable y que merman su esperado o teórico potencial flexibilizador, con la paradoja de que su introducción y gestión<sup>88</sup> puede llegar a tener una rigidez mayor que ciertos conceptos fijos.

.....

86 Consúltense la siguiente serie de instrumentos y la importantísima normativa, comunitaria e interna, reseñada en ellos: Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013; el importantísimo documento *EBA Consultation Paper Draft Guidelines on sound remuneration policies under Article 74(3) and 75(2) of Directive 2013/36/EU and disclosures under Article 450 of Regulation (EU) No 575/2013*, 4 de marzo 2015. Vid. también, ESPINOSA DE LOS MONTEROS, S. y GÓMEZ DE SALAZAR, E., «El nuevo entorno de retribuciones en el sector financiero: impacto en las remuneraciones de CRD IV, MIFID, UCITS V Y AIFMD», Garrigues, *Observatorio sobre la Reforma de los Mercados Financieros Europeos*, 2015, pp. 179-191.

87 Para ilustrar las afirmaciones anteriores, recogemos los límites que ahora juegan, en cumplimiento de las nuevas exigencias comunitarias y cuyo análisis excede del propósito del presente estudio, aunque llamamos la atención sobre las dificultades técnicas que su concreción y puesta en práctica comporta: Aunque no se trasladan al ámbito laboral las numerosas exigencias y filtros formales y procedimentales previstos en el Derecho de Sociedades, se añaden importantes reglas restrictivas de fondo. 1.- Combinación obligada de variables y factores de devengo y cuantificación. 2.- Vinculación a períodos plurianuales, para evitar actuaciones cortoplacistas y eventualmente tóxicas para la entidad. 3.- Exclusión casi total de la posibilidad de fijar mínimos garantizados; fortaleciéndose, con ello, la funcionalidad del variable como «premio» o «bonificación» del éxito o la eficiencia; y huyendo de su desnaturalización hacia fórmulas fijas complementarias del sueldo ordinario –de abono diferido y, en su caso, fraccionado-. 4.- Exigencia de equilibrio entre la parte fija y la variable de la remuneración y previsión de límites porcentuales máximos aplicables sobre el variable. 5.- Reconocimiento de la viabilidad de políticas de «variable cero». 6.- Aplicación de restricciones a las operaciones liquidación final por extinción contractual (contemplándose la posibilidad de reducir su cuantía). 7.- Posibilidad de modular la cuantía pagadera en función de riesgos actuales y futuros. 8.- Necesidad de incorporar elementos en especie ligados al capital social. 9.- Obligación de diferimiento de una parte sustancial del variable, a un plazo de entre 3 y 5 años. 10.- Imposición de una suerte de filtro de *sostenibilidad, de racionalidad y de moderación de los pagos*, atendiendo principalmente a la situación financiera y resultados de la entidad, que podría poner en entredicho la integridad, el pago mismo del variable previsto o la consolidación de importes ya percibidos; forzando, así, la entrada en nuestro sistema laboral de las políticas de «*bonus-malus*» y de las cláusulas de «*clawback*» –de reducción, de impago o de recuperación, de los variables, según los casos-. 11.- Inviabilidad de blindajes o aseguramientos que puedan neutralizar el juego de estos límites.

88 Mientras las *diferencias extraconvencionales de carácter fijo (iniciales o resultantes de procesos de promoción económica y/o profesional)* no plantean especiales dificultades en su introducción y aplicación, siempre que no se conculquen el principio de no discriminación, ni los mandatos legales específicos de igualdad (y sin exigirse al empresario que esté en condiciones de demostrar que la diferencia se apoya en circunstancias objetivas y razonables); por el contrario, los *variables ligados al desempeño personal* mediante el empleo de referencias subjetivas, deben

### 3.4. La implicación de sujetos colectivos

No puede obviarse la identificación y delineación del papel que corresponde a interlocutores sociales y económicos y a la representación laboral en la empresa. Estando preparados estos últimos para asumir el reparto de riesgos y la corresponsabilización de trabajador y empresario en la marcha de la empresa, con reflejo en la esfera retributiva, se requiere un reforzamiento real de sus derechos de información económico-financiera y de sus facultades de control sobre el variable, en todas las fases (negociación, diseño e implementación y puesta en ejecución<sup>89</sup>) acomodado a las particularidades de cada fórmula y de cada empresa. Las empresas han de estar preparadas, en el ámbito colectivo, no así en el individual, para circular datos económico-financieros sensibles; lo que requiere, a su vez, el debido compromiso por los representantes de respeto de la confidencialidad de los datos.

### 3.5. Régimen jurídico: selección de viejos problemas con nuevos enfoques y nuevos problemas necesitados de respuesta

La determinación de las condiciones o factores determinantes de su devengo (y su carácter ordinario o extraordinario), la selección de las magnitudes o referencias empleadas para cuantificar el importe del incentivo, el régimen de liquidación y el calendario pago, etc. pueden quedar en manos del empresario (salvo que del convenio colectivo de aplicación o de eventuales pactos alcanzados con la representación laboral se desprenda otra cosa). Como ya se indicó, el margen de libertad a efectos de su configuración y administración



superar duros test de razonabilidad y objetividad impuestos en algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, y contruidos desde una cuestionable extensión del principio de igualdad al terreno de la contratación individual y de las concesiones unilaterales. Y esta dureza jurisprudencial (no unánime) de carácter nivelador de este tipo de diferencias *intraempresariales* sólo puede entenderse asumiendo que subyace el siguiente planteamiento: mientras el salario fijo no hace surgir vulnerables expectativas en sus destinatarios, ni hay margen para la incertidumbre (se devenga cumplida la prestación laboral en las condiciones comprometidas) el salario variable provoca el nacimiento de expectativas merecedoras de protección y genera presumiblemente (no siempre realmente) conductas enderezadas a lograr su efectivo devengo –que en muchos casos se traducen en una intensificación del esfuerzo y carga laborales– que no pueden verse sacrificadas, salvo por causas totalmente extrañas a la empresa y a su círculo de riesgo. A la postre: estrechamiento de las exigencias implícitas de equivalencia entre prestaciones. Así, por ejemplo, en STSJ Madrid 18/2013, 11 enero (Asunto *Makro*). Vid. el criterio interpretativo del juego de los principios de igualdad y no discriminación más flexible en STS 11 mayo 2015 (rec. 161/2014, Asunto *GSS Line*) sobre reducción salarial «selectiva». Pero, en puridad, y apoyándonos en la doctrina constitucional reciente, parece exigible un alto grado de reprochabilidad en la forma de actuación empresarial, para que la misma pueda considerarse reprobable constitucionalmente. La STC 36/2011, 28 marzo, se expresa así: «Una decisión empresarial de diferenciación salarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria».

<sup>89</sup> Y para ajustar en términos de equilibrio el marco jurídico de referencia cuando se produzcan mejoras en el rendimiento o resultados desligados del esfuerzo y contribución del trabajador a remolque de procesos de innovación técnica u organizativa (vid. art. 10.7.3 del IV acuerdo de Estiba Portuaria (BOE 30 enero 2014). Vid. art. 64.5.f) ET).

es amplio, pero no ilimitado. Los repertorios jurisprudenciales dan cuenta de la abundante litigiosidad que generan, en cuestiones básicas y no tan básicas. De todo el sinfín de problemas que plantean, damos cuenta sólo de algunos de ellos, y los seleccionamos en función de su actualidad y repercusión, y centrándonos en aquellos que han recibido respuestas jurisprudenciales más innovadoras y/o controvertidas.

1. La ya mencionada e inevitable inclusión del variable a efectos de determinación de la remuneración mínima a garantizar durante el disfrute de las vacaciones y de otros derechos, así como la intensificación de los mecanismos garantes de la inmunidad del variable y de su cuantía ante situaciones protegidas<sup>90</sup>.
2. La cuestionada exigibilidad del alta del trabajador en determinada fecha a efectos de devengo de incentivos (ya sea por convenio colectivo<sup>91</sup>, ya por el instrumento extraconvencional). Amén de que nos parece discutible que pueda considerarse abusivo o ilegal el diferimiento del momento de devengo y pago, con ello se resucita una vieja cuestión ¿puede ser recompensada la fidelidad medida a través de la permanencia en un medio o largo plazo, en combinación con otras referencias ligadas al desempeño y/o resultados? Nada lo impide *a priori*, pero debe constar de modo explícito, amén de que la empresa ha de estar en condiciones de justificar la permanencia añadida y computable tras completar el período de trabajo establecido para controlar el desempeño o rendimiento constituye concausa para el devengo mismo (culminación de proyecto, contención de índice de rotación, etc.). Lo que no es de recibo, por ejemplo, es que en planes de retribución variable de carácter anual o de pago fraccionado en sucesivos ejercicios se exija, año tras año, el alta en la fecha del pago de un incentivo pre-devengado<sup>92</sup>, pretendiendo librarse de la deuda salarial con un despido improcedente.
3. La cuestión del devengo progresivo *vs.* parcial, *vs.* súbito, que no siempre aparece formulada y/o resuelta adecuadamente en la fuente del incentivo. Cuestión ésta que ha sido resuelta en términos excesivamente formalistas por el TS (que diferencia el incentivo fijo por cumplimiento íntegro y el incentivo simplemente ligado a resultados; y los complementos *anuales por objetivos*, respecto a los complementos *por cumplimiento de objetivos*<sup>93</sup>).

.....

90 A efectos del crédito de horas sindical: SSTs 18 junio 2007 (rec. 3692/2005) y 22 febrero 2007 (rec. 5465/2004).

91 STS 2 diciembre 2015 (rec. 326/2014, Asunto *Teléfono Móviles*).

92 STS 15 febrero 2006 (rec. 4568/2004, Asunto *AEGON*).

93 STS 19 noviembre 2001 (rec. 3083/2000, Asunto *Babcock Wilcox*), entendiéndose que en el primer caso no queda condicionado el devengo del concepto, sino que queda únicamente su cuantificación a la decisión discrecional de la empresa; mientras que en el segundo se estaría estableciendo una condición, de cuyo cumplimiento depende el devengo. También en STS 9 julio 2013 (rec. 1219/2012, Asunto *Dédalo-Helicolor*); SSTs 5 mayo 2009 (rec. 1702/2008) y 5 abril 2010 (rec. 606/2009).

4. La mayor permisividad jurisprudencial en cuanto a su configuración en el marco de la alta dirección<sup>94</sup>, atendiendo a la flexibilidad del propio sistema de fuentes ordenadoras de este tipo de relación laboral especial, a sus principios inspiradores y al amplísimo margen reservado a la autonomía de la voluntad.
5. La minimización de la operatividad de las reglas de compensación y absorción sobre los variables. Operan, naturalmente, las viejas reglas de compensación y absorción de los sucesivos DSMI, que toman los variables como elementos computables<sup>95</sup>. Mayores problemas se plantean a efectos de la compensación y absorción de los variables de origen extraconvencional contra los mínimos convencionales, dada la evolución jurisprudencial. El TS ha matizado y aclarado recientemente su doctrina sobre el juego del art. 26.5 ET, insistiendo en la necesidad de respetar la *inmunidad de conceptos y cuantías previstos en convenio colectivo*, así como en la indeclinable exigencia de superación del filtro jurisprudencial tradicional de *homogeneidad*. Por ello, no se tolera que se «absorba» (y deje de ser abonado) un concepto fijo, estable y no condicionado contra variables. Pero ni siquiera, y esto es lo que parece más criticable, cuando el propio sistema retributivo (no un complemento) venga determinado en función del resultado ordinario<sup>96</sup>. De modo que nuevamente se acrece el salario sin una clara justificación. Obviamente, la creciente sofisticación de los variables extraconvencionales operará, sin duda, como fuerte obstáculo para el juego de la compensación y absorción, incluso contra partidas también variables, previstas en sede convencional.
6. Liquidación y pago –total o parcial<sup>97</sup> y anticipado, si fuera posible su cuantificación– en supuestos de extinción contractual mientras está en curso de adquisición un incentivo, para lo que debe valorarse, no sólo la concreta configuración causal y funcional del incentivo, sino también la causa última de la extinción, el tiempo transcurrido, los resultados parciales conseguidos, la trayectoria en planes anteriores, etc. ); y por supuesto descartarse que se trate de un supuesto en el que la propia extinción se encamina a evitar que se lucre el incentivo. A ello se suma el problema de determinación de los criterios aplicables al respecto (tiempo transcurrido *vs.* resultados o desempeño alcanzado<sup>98</sup>).



94 STS 14 enero 2015, rec. 3347/2013, Asunto *Lloyds Bank*).

95 Arts. 2 y 3 del Real Decreto 1171/2015, 29 diciembre, por el que se fija el SMI para 2016.

96 Ni siquiera resulta de soslayo cuando desde el propio contrato individual se contempla la posibilidad de compensar y absorber entre sí el variable contractual y el fijo de convenio. STS 26 noviembre 2014 (rec. 1982/2013, Asunto *Cortefiel*) que supone un giro respecto de la STS 4 febrero 2013 (rec. 33/2012) y STS 29 septiembre 2008 (rec. 2255/07).

97 Habrá que determinar si los objetivos o resultados buscados son susceptibles de cumplimiento parcial, con correlativa satisfacción objetiva (aunque parcial) del interés empresarial, así como la existencia de una vinculación más o menos estrecha entre la prestación y aportación laboral y la materialización de los objetivos o resultados buscados por la empresa; y en un segundo momento calibrar si la solución más equitativa y respetuosa con las exigencias de reciprocidad y conmutatividad inherentes al contrato de trabajo, es reconocer el importe total o una suma inferior.

98 Por regla general, habrá que satisfacerlo en proporción al grado de cumplimiento de los objetivos fijados en el último año –STS 5 mayo 2009 (rec. 1702/2008). Distinta podría ser la respuesta, naturalmente, cuando se liga a resultados empresariales y no al desempeño o rendimiento personal.

7. Obligado y normalizado cómputo a efectos del cálculo de indemnizaciones mínimas por despido: por regla general, se toma el último devengado<sup>99</sup> (y cobrado, en su caso) dentro de los 12 meses previos al despido, debidamente prorrateado. Y si estuviera todavía en curso de adquisición, el devengado en el marco del plan o programa precedente<sup>100</sup>. Caben excepciones razonables (*v.gr.*: cierre del ejercicio con resultados negativos que suponga falta de devengo del siguiente previsto<sup>101</sup>; o incentivos no recurrentes, ligados a programas extraordinarios que la empresa no tiene voluntad de volver a implantar<sup>102</sup>). Asimismo, por regla general, quedará excluido del cómputo si el trabajador despedido no hubiera participado con anterioridad en un plan de incentivos y, por ende, no hubiera devengado previamente ninguna cuantía por tal concepto, siempre que, además, al acontecer la extinción resulte incierto si se cumplirían finalmente todas las condiciones de devengo establecidas en el plan en curso<sup>103</sup>; y ello, naturalmente, salvo que concurren circunstancias especiales que aconsejen una solución distinta –como podría ser extrapolar el criterio jurisprudencial sentado a propósito de despidos fraudulentos de trabajadores partícipes en planes de *stock options*, si el despido es fraudulento<sup>104</sup>; o computar el importe total previsto para el caso de cumplimiento efectivo de los objetivos si estos últimos no hubieran sido concretados por la empresa<sup>105</sup>–. En el caso de incentivos *plurianuales*, debería imputarse al período de trabajo al que corresponda –criterio de devengo, no de pago– y considerarse computable solamente la prorrateo anual resultante, que vendría a engrosar el salario anual regulador. En el caso de variables cuyo devengo, liquidación y abono tenga lugar con periodicidad inferior al año debería reconocerse mayor autonomía para la selección de periodos de referencia<sup>106</sup>. Sólo con carácter subsidiario, y salvo que las circunstancias del caso permitan considerar razonable otra solución, parece razonable promediar las cantidades cobradas en los últimos 12 meses<sup>107</sup>.
8. Inexistencia de un límite expreso para el diferimiento del pago del variable. Pero debe ser justificado y razonable, para no perjudicar la función alimenticia del sa-



99 STS 24 octubre 2006 (rec. 1524/2005).

100 STS 25 septiembre 2008 (rec. 4387/2007).

101 ATS 6 febrero 2014.

102 *Vid.* SSTS 27 septiembre 2004 (rec. 4911/2003) y 26 enero 2006 (rec. 3813/2004).

103 ATS 28 de abril de 2009 (rec. 3820/2008).

104 Las circunstancias pueden evidenciar la ausencia de ánimo fraudulento. *V.gr.* cuando el despido improcedente tiene lugar al comienzo de la vigencia del plan de *stock options*: STS 3 mayo 2012 (rec. 2204/11) modulando la doctrina recogida en SSTS 24 octubre de 2001 (reces. 4851/00 y 3295/00).

105 STSJ Madrid 13 junio 2006 (rec. 1744/2006).

106 *Vid.* STS 12 mayo 2005 (rec. 2776/2004, Caso *Telefónica*) se inclina por recurrir al «salario promedio que figura en la nómina del último mes «trabajado por entero «antes del despido», pese a ser superior al «salario promedio de la totalidad del año anterior»; confiando especial relevancia a que la oscilación al alza es «normal» (no anómala o debida a circunstancias no atendibles o extraordinarias).

107 ATS 23 de abril de 2014 (rec. 3174/2013).

lario; y podrían efectuarse pagos a cuenta, aunque considerando las implicaciones fiscales de esta opción.

9. La eventual consolidación del variable (en el concepto y/o en la cuantía). Mediante pacto individual o colectivo (con merma de su innata flexibilidad y en contra de lo previsto como solución subsidiaria en el art. 26.3 ET) cabría incorporar total o parcialmente la partida variable a la estructura salarial de referencia o, incluso, podría garantizarse el importe devengado como elemento consolidado, incorporando éste a tablas salariales de referencia para ejercicios sucesivos<sup>108</sup> o al salario contractual garantizado revisado. Ello forzaría incrementos en cascada respecto de otros elementos de la estructura salarial, salvo que fuera pactado lo contrario en cuanto a este último extremo. Y, por ende, sólo parece conveniente en el marco de modelos de remuneración variable utilizados en procesos periódicos de revisión salarial.
10. Naturalmente la introducción de variables es un proceso reversible y versátil. Pero el proceso de retorno al fijo o la modificación de los programas, esquemas o complementos retributivos variables están sujetos a los mismos límites que la modificación del salario fijo. Muchas vicisitudes laborales y empresariales pueden forzar o hacer aconsejable la cancelación de los planes o marcos de referencia del variable y en su caso la alteración del régimen de liquidación y pago, para introducir un régimen especial o en términos parciales y/o conforme a un nuevo calendario. Esto debería preverse o ser acordado de antemano mediante las correspondientes cláusulas de reserva; pero preferiblemente en términos de equilibrio, y forzando una renegociación, en evitación del riesgo de que se considere que la cláusula deja al arbitrio empresarial el cumplimiento del contrato; y sin perjudicar derechos en curso de adquisición y legítimas expectativas.
11. Asumimos la virtualidad y bondad del salario variable para establecer una diferenciación retributiva y sostenible económicamente, promotora de mejoras de la productividad y equitativa, atendiendo a que trata de ajustarse la remuneración al distinto valor añadido de la prestación laboral (por trabajador, por categorías, por centros, por empresas y por sectores). Parece, sin embargo, que al menos en niveles salariales inferiores debería establecerse un límite porcentual garante de la regularidad de ingresos salariales y, a la postre, preservador de la liquidez y solvencia del trabajador, de modo que no se quebrante la garantía de suficiencia de las partidas, fijas o variables, que conforman el salario regular en cómputo anual<sup>109</sup>.

108 Como recompensa añadida o estable a logros en mejora de productividad, por ejemplo.

109 No debería descartarse una diversificación de los topes, en función de los niveles retributivos globales y/o en función de la naturaleza de los factores, variables y condicionantes ligados a cada concreta partida variable.

### 3.6. Cotización y tributación

Como se sabe, el art. 16 del RCLDSS, que no ha sido reformado, obliga a realizar imputaciones de las percepciones económicas laborales correspondientes a cada trabajador por año natural, atendiendo a la retribución total correspondiente al trabajador y que se perciba en ese mismo año. Concretamente: 1.– Se prorratean las prestaciones de devengo cierto y continuado, sujetas a un régimen de liquidación y pago con cadencia superior a la mensual. 2.– Se obliga a hacer, asimismo, un ajuste posterior, con prorrateo mensual y proyección retroactiva, en lo que respecta a las cantidades de devengo o disfrute incierto y cuya cuantificación anticipada resultare imposible; pero sin rebasar el año natural en el que se perciben. 3.– Viene a primar, pese a ello, el criterio de percepción sobre el criterio de devengo o, en su caso, frente al criterio del momento del desembolso empresarial.

Por su parte, el art. 23 RCLDSS, rompe con los referidos criterios a determinados efectos. Ni se toma el criterio del año natural de percepción, ni se acoge un criterio ligado al período real de devengo. Para mejoras de las indemnizaciones por despido o cese y para las mejoras sobre mínimos indemnizatorios correspondientes a fallecimientos, traslados o suspensiones, se toma un criterio especial nuevo: la forzada imputación de las percepciones recibidas sujetas a cotización al período de los 12 meses que preceden a su devengo. De modo que 2 años naturales pueden ser invadidos. Dicha regla no resulta, sin embargo, extrapolable a ningún otro tipo de partida. Ni siquiera a los incentivos vinculados a períodos de trabajo plurianuales, tengan o no carácter esporádico, y aunque el importe oscile de manera relevante de unos planes a otros; por el contrario, quedan sujetos a las reglas del art. 16. De modo que en los casos de liquidación al término de la relación importantes distorsiones podrían generarse (acrecentando de manera forzada y/o desproporcionada las bases reguladoras de las prestaciones sociales del ejercicio correspondiente, cuando se trate de trabajadores con bases de cotización por debajo de la base máxima<sup>110</sup>).

## 4. RETRIBUCIÓN FLEXIBLE

### 4.1. Concepto y lógica interna

Baste recordar ahora el concepto: la *retribución flexible*, también denominada *retribución a la carta*, es una técnica de individualización, optimización y flexibilización de las remu-

.....

110 A las denominadas *rentas irregulares* son aplicables las reducciones que contempla el art. 18 LIRPF, cumplidos sus cada vez más exigentes presupuestos y límites.

neraciones laborales, que posibilita la participación del trabajador en la elección del tipo de prestaciones que integrarán su retribución real; y también, en paralelo, posibilita una minimización de las cargas fiscales<sup>111</sup>.

Aunque la cuantificación de la remuneración total (bruta) viene dada por la integración de las fuentes concurrentes (art. 3 y 26.3 ET), al trabajador se le permite intervenir activamente en la determinación de la composición de su paquete retributivo (vertiente cualitativa). Concretamente, puede optar por destinar parte de su remuneración, que de otro modo recibiría en metálico, a la cobertura de las prestaciones en especie previstas en el *PRF* o *Plan de Compensación Flexible (PCF)* más acordes con sus necesidades y preferencias. No es simplemente, por tanto, el resultado de adición/acumulación de beneficios sociales o de prestaciones en especie a un nivel salarial en metálico garantizado. Y podría formar parte de una política retributiva más compleja (aplicación de técnicas de *compensación total*), de modo que, junto al paquete de beneficios flexibles y junto al numerario garantizado, se suman determinados beneficios fijos elegidos por la empresa. La lógica interna es, por tanto, de simplicidad extrema. Pero su implementación y gestión reviste, en cambio, una dificultad extrema, al requerir la aplicación integrada de normas heterogéneas (laborales, fiscales y de Seguridad Social) tremendamente complejas y en inagotable proceso de cambio. Y puesto que la casuística tiende a infinito<sup>112</sup>, también aquí resulta imposible establecer reglas de validez universal para resolver los problemas jurídico-laborales que suscitan los *PRF*.

Baste recordar que son múltiples los límites generales a los que quedan sujetos, al instrumentarse a través de ellos pagos salariales en especie: a) voluntariedad y reversibilidad; b) respeto del límite porcentual que instituye el art. 26.1 ET y que impide pagar más del 30 por 100 del salario total en especie y que garantiza la percepción de un metálico no inferior al SMI; c) idoneidad para cubrir fines particulares del trabajador; d) indisponibilidad de las cargas fiscales y de Seguridad Social, etc.

Y debe quedar claro, asimismo, que en el caso de simple adhesión a la oferta empresarial, sin adición de nuevos elementos, el salario bruto de partida no cambia, aunque se reduzcan las cargas fiscales, mejorando sólo el neto disponible. Pero a la par tampoco descienden (aunque mejore el neto o líquido disponible) las bases salariales de referencia para el cálculo de otras partidas, para la revisión o aplicación de incrementos salariales,

.....

111 Junto a la modernización e individualización salarial vinculada a la elección personalizada, puede ser utilizada como herramienta compensatoria o mitigadora de la pérdida de poder adquisitivo asociado a procesos de congelación y recorte salarial; y podría servir a fines de homogeneización salarial tras una sucesión empresarial. Aunque en ambos casos su implementación no es enteramente libre, sino que debe acomodarse a diversos límites (referidos, de una parte, a la introducción de prestaciones en especie; y de otra, a los correspondientes a supuestos de ajustes en los salarios y otras condiciones laborales aplicables en ese momento).

112 Cobertura contra mínimos garantizados vs. cobertura independiente, mediante mejoras superpuestas; Planes de proyección generalizada vs. reservados a determinadas categorías o trabajadores elegidos *ad personam*; carácter abierto vs. cerrado de la oferta de productos y servicios, etc.

para cuantificar los salarios de inactividad o las indemnizaciones por despido. Cuestión distinta es que se añadan en ese preciso momento prestaciones que, tomando como perspectiva la causa última de la atribución, y siendo defendible su carácter extrasalarial o mixto, puedan quedar extramuros del salario en sentido estricto a todos los efectos jurídico-laborales (siendo intrascendente que se ofrezca la posibilidad de elegir si se disfrutará en metálico o en especie).

#### 4.2. Dificultosa supervivencia del salario flexible

Cabe cuestionarse si tendrá algún impacto en el terreno de la retribución flexible el proceso imparable de estrechamiento del campo extrasalarial, llegando a poner en cuestión su supervivencia o forzando una redefinición *in peius* de los *PRF*. Entendemos que la respuesta ha de ser negativa, puesto que está muy asentada la convicción de que su lógica, causalidad y funcionalidad interna (*retribuir mejor y con el mínimo coste*, y materializando su cobertura contra salarios mínimos garantizados por convenio y/o contrato, etc.) impide, sea cual sea el tipo de bien o servicio facilitado, la segmentación del importe afecto a *PRF* en dos bloques, el salarial y el extrasalarial. Por el contrario, todo se consideraría salarial<sup>113</sup> (sin perjuicio del juego, reducidísimo ciertamente, de la excepción que acabamos de formular).

Eventualmente, por otra parte, se puede haber pretendido lisa y llanamente la incorporación a marcos o esquemas ordenados o a planes estructurados de viejos y consolidados beneficios sociales, con asentado, pacífico e incuestionable carácter extrasalarial a efectos laborales (en su caso, con fines de racionalización o de homogeneización de la política retributiva empresarial). En tal caso, es evidente que no debiera cambiar la calificación jurídica de aquéllos, aunque convivan con prestaciones salariales en un llamado *PRF*. Y conviene ir todavía más allá, pues ese planteamiento es estático y excesivamente simplista. No se está tomando en consideración que la empresa podría incorporar *ex novo* un *PRF*, superpuesto a salarios de partida. Y ello, con el ánimo de reducir el coste bruto total de sus mejoras en la política de compensación del personal en sentido amplio, incorporando prestaciones con fiscalidad favorable; pero también con el doble propósito añadido de modernizar dicha política, y de contener los costes colaterales vinculados a indemnizaciones o a otras partidas que, *ex lege*, por convenio o por contrato, deben ser cuantificados en función de los salarios. Y podría optar por introducir *ex novo* prestaciones económicas en especie que, hoy por hoy, y se comparta o no el criterio, siguen considerándose extrasalariales a efectos laborales, siquiera con fisuras y débiles condicionantes (tarjetas de transporte, cheque de comida, ayuda guardería y seguro médico).

.....

113 LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, p. 14; LLOMPART BENNÀSSAR, M., *op. cit.*, p. 111.

Y puede ser ese conjunto de consideraciones (y no sólo el margen que nuestra legislación deja para posibilitar el disfrute de *economías de opción* y de *economías de escala*) el que anime a ofrecer esa clase de percepciones extrasalariales en especie; o incluso prestaciones de uso mixto (personal y profesional, tales como vehículos, equipamiento informático, dispositivos electrónicos, etc.) que serían calificables sólo parcialmente como salariales. Por ello, los *PRF* no tendrían por qué perder su razón de ser en nuestro marco de relaciones laborales; ni generar incrementos salariales en cascada<sup>114</sup>.

Podemos decir, a modo de balance, que los *PRF* han contado en la última década con un éxito creciente, sobre todo en empresas de mayor tamaño. Pero, además, se ha tendido a racionalizar y ampliar la oferta tradicional de prestaciones en especie y beneficios sociales y a reconducirlos hacia planes o marcos estructurados, denominados *PRF* o *PCF*. Se acusa, asimismo, una recepción creciente en la negociación colectiva<sup>115</sup>, en algunos casos con incorporación de una reglamentación completísima (ej. CC *CEPSA*); con cierta propensión a ampliar y generalizar la oferta, que se haría extensiva a empleados sujetos estrictamente a salarios convencionales no mejorados y/o con remuneraciones inferiores a la base máxima de cotización<sup>116</sup>. Y ciertamente tras estos años de moderación o de recortes en los salarios, forzados por la grave situación de crisis y su impacto sobre las empresas y el empleo, bien podrían, junto a la retribución variable, seguirse promoviendo en el corto

114 Podría articularse la oferta o el pacto en forma inversa a la habitual: garantizando especie sustituible, mediante acuerdo individual, por metálico. En ese marco, si el trabajador optase por sustituir la especie ofrecida –con un valor económico predeterminado– por la cifra en metálico equivalente: no habría que incrementar el valor total de referencia, para garantizar equivalencia en términos netos. En tal caso, no obstante, el metálico recibido «por sustitución voluntaria» difícilmente escaparía a la calificación de salarial, con todas las consecuencias. No se estaría disponiendo ilegítimamente de la calificación, sino eligiendo entre más extrasalarial o, por el contrario, más salarial. Asumimos que este planteamiento, no obstante, es terreno abonado para la controversia.

115 Nos remitimos a los siguientes ejemplos de convenios colectivos. CC de *ámbito empresarial o inferior*: art. 42 CC *European Air Transport Leipzig GmbH*, sucursal en España (BOE 8–1–2013); art. 31 CC *Alcatel Lucent España* (BOE 13–2–2013); art. 15 CC *Umivale MATEPSS* (BOE 15–2–2013); art. 42 del IV CC *Iberdrola Ingeniería y Construcción* (BOE 13–5–2013); art. 24 CC *Asepeyo* (BOE 19–8–2013); Anexo V– Epígrafe 3 CC *BSH Electrodomésticos España, SA*– servicio BSH al cliente– zona 1, noroeste (BOE 25–10–2013); y Anexo V del CC de la misma empresa –Servicio BSH al Cliente. Zona 6 Andalucía– (BOJA 24–12–2013); art. 18 CC *Red Novanca*, Comunidad de Madrid (BOCAM 1–11–2013); art. 45 bis XII CC *HibuConnect* (BOE 12–6–2013); art. 30 CC *Altadis* (BOE 27–06–2012); Cláusula 77 bis) X CC *Cepsa, Refinería La Rábida*, 2012–2013 (BOPH 29–8–2012); art. 28 CC *CEPSA* (BOE 19–12–2013); art. 52 CC *SGL Carbón* (BOP 21–10–2011); art. 56 del VIII CC *Red Eléctrica de España* (BOE 31–01–2004) y IX CC de eficacia limitada de esta misma empresa; arts. 37, 42 y DA 3ª III CC *Volkswagen–Audi España, SA* (BOPB 30–03–2010); Cláusula Adicional 4ª XVIII CC de *SEAT* (BOE 19–12–2012); art. 43 del CC de *Aparcamientos Urbanos de Sevilla*, 2012–2015 (BOPS 21–03–2013); DA 5ª CC *Grupo Cetelem* (BOE 19–12–2013); art. 90 CC *HEFAME* (BOE 8–1–14). Y por lo que respecta al *ámbito sectorial*: art. 12.4 del XXII CC *Banca* (BOE 5–5–2012); art. 40.2 del CC *Cajas de Ahorros* (para 2011–2014) ; art. 43 del CC *Agencias de viaje* (BOE 22–08–2013); art. 14 CC *Grandes Almacenes*; art. 83 II CC *ONO* (2012–2015). Todos ellos, suscritos antes de la entrada en vigor de la reforma de la normativa de cotización, conviene apuntarlo. Pero después de ella todavía se mantienen: así, en art. 53 y cc del X CC *Red Eléctrica Española, SAU*. (BOE 25–06–2014); art. 27 V CC *Cemex España Operaciones, S. L. U. Actividad de fabricación de cemento 2014–2016* (BOE 17–6–2014) art. 7 bis CC *FritRavich, SL*. (BOE 29–08–2015); art. 22.4 XXVII CC *Philips Ibérica, SAU* (BOE 22 –07–2014); art. 52 CC *Inaer Helicópteros, SAU* (BOE 19–08–2015) art. 13 CC *Marco para los Establecimientos Financieros de Crédito 2015–2016*(BOE 1–3–2016); art. 24 CC *Danone* (BOE 20–8–2015); DF 1ª *Nuclenor, SA*. (BOE 21–3–2014).

116 Informe «*Prácticas Empresariales sobre Retribución Flexible en España–2013*» EDENRED–Grupo de investigación ISDE de la Universidad de Granada, abril 2014.

plazo como técnica de mejora cualitativa de las políticas retributivas y como instrumento de mejora cuantitativa indirecta.

Por lo demás, hay margen para impulsar una evolución imaginativa, que dé entrada en el seno de las políticas de compensación a prestaciones atípicas enderezadas a proporcionar mayor bienestar laboral, a mejorar las posibilidades de conciliación; así como a los denominados «productos facilitadores de vida» y «soluciones *wellness*»; y a «fórmulas formativas». Y no hay por qué descartar que tome un valor central lo que podría denominarse la ingeniería del tiempo de trabajo, atendiendo a la revalorización de la disponibilidad de tiempo libre, y que se incorporen incentivos por resultados instrumentados mediante figuras de inactividad laboral retribuida o el reconocimiento de días adicionales de vacaciones, que se impulsen fórmulas de trabajo a distancia –facilitando todos los medios necesarios–, etc.

### 4.3. Impacto de las reformas en materia de cotización y de tributación de las percepciones económicas laborales

Los profundos cambios adoptados en el terreno de la cotización (del viejo art. 109.2 LGSS –nuevo art. 147 TRLGSS– y del art. 23 RCLDSS) no debieran haber tenido impacto desfavorable en el mantenimiento de estos sistemas, por distintos tipos de consideraciones:

1. La implantación de *PRF* no posibilita ni la alteración, ni la diversificación de bases de cotización en función de las prestaciones elegidas por cada trabajador<sup>117</sup>. Las reformas han minimizado y cerrado el terreno de prestaciones excluidas y excluibles de la base de cotización; con desvinculación casi total de sus reglas de referencia respecto de las previstas por el ordenamiento tributario a efectos de no sujeción y de exención del IRPF.
2. Las mencionadas y radicales reformas han tenido un impacto profundo en el marco de políticas y/o estructuras retributivas atomizadas; es decir, en el contexto de prácticas de diversificación de partidas –en metálico y/o en especie–, desestructuradas

.....

117 Inicialmente, siempre antes de las Reformas constrictoras del terreno de exclusiones de la base de cotización y exenciones operadas por los RRDDL 20/2012 y 16/2013, la TGSS adoptó una posición de permisividad (contestaciones no vinculantes de la TGSS, de 7 de marzo y 13 de octubre de 2005). Más exactamente, dentro y fuera de los *PRF*, y con criterio que compartimos, permitía aplicar las reglas de cotización favorables previstas para determinadas prestaciones en especie. Posteriormente cambia su postura, a remolque del criterio contrario de la ITSS, entendiéndose sujeto a cotización el importe monetario total afectado al *PRF* (Resol. DGITSS 17 marzo 2008 y de TGSS 25 febrero 2010, en respuesta a la Consulta 8/2010) y Oficio de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS, núm. 447/2011, 22 de agosto. Tras la Reforma operada por el RDL 16/2013 se elimina todo margen de controversia sobre la discutida posibilidad de disfrutar de «economías de opción» (contracción de cargas) en el terreno de la cotización, dentro y fuera de *PRFs*. De modo que en caso de haber acatado los criterios administrativos de la TGSS y la ITSS antes de la Reforma de 2013, no sería de esperar ningún impacto especial. En otro caso, la empresa tendría la responsabilidad de regularizar.

y/o sencillamente no enmarcadas en o desvinculadas de *PRFs*. Y ello, porque siendo prestaciones en especie independientes, tenían abierta la posibilidad del doble aprovechamiento de las *economías de opción* generadas por la legislación de Seguridad Social precedente, en paralelo con la legislación fiscal y su lógica. Y en ese terreno es de suponer que el notable encarecimiento se habrá sufrido por los trabajadores con salarios por debajo del tope máximo de la base de cotización de manera compartida con la empresa (cuota obrera y empresarial<sup>118</sup>, respectivamente). Y ello, sin perjuicio de la eventual operatividad de los pactos de *gross up* (transparentes, pero garantes del disfrute de un importe monetario neto determinado, y sin fuga de la cotización o de la tributación de partidas o incrementos destinados a garantizar el neto convenido<sup>119</sup>) y/o de eventuales cláusulas de garantía de neutralidad de la retribución neta o líquida ante cambios fiscales y de Seguridad Social. Y sin perjuicio también de eventuales ajustes peyorativos posteriores<sup>120</sup> (en ningún caso, retroactivos) –a veces amparados *ex ante* por previsiones convencionales<sup>121</sup>–. Efectivamente, se ha minimizado la operatividad de las denominadas *economías de opción*; que, por lo que respecta a la cotización, subsiste sólo en el caso de dos tipos de prestaciones en especie sujetas, pero con reglas de valoración monetaria «favorables» (el uso vivienda, sea o no propiedad de la empresa<sup>122</sup>, así como la utilización de vehículo puesto a disposición por la empresa) y en determinados casos en los que las nuevas reglas propias valoración a efectos de cotización resultan favorables. De modo que, a través de estas reformas en el terreno de la cotización se ha producido una nivelación de cargas de seguridad social a escala global. De una parte, se equipara el tratamiento de las empresas y trabajadores que cotizaban por el montante íntegro cubierto por *PRFs*, pese a comprender prestaciones «privilegiadas» (en línea conservadora y aplicando los criterios administrativos antes referenciados) respecto de aquellas que satisfacían exactamente las mismas prestaciones, pero en forma independiente



118 El incremento de costes asociado a la cuota empresarial no sería repercutible de manera inmediata, sin perjuicio de posibles ajustes posteriores en la política retributiva general o en el marco de los *PRFs* (a través de los procedimientos previstos en los arts. 41, 82.3, 84.2, ET, y cumpliendo los presupuestos causales o requerimientos adicionales correspondientes a algunos de tales procesos).

119 Pero, a la par, sin posibilidad de que la empresa retenga, caso de mejorar la fiscalidad de las prestaciones, la cantidad equivalente al ahorro fiscal.

120 Todo ello, salvo aislados supuestos en los que el *PRF* no queda garantizado ni por convenio, ni por contrato, ni mediante condición más beneficiosa consolidada. *Vid.* SAN 14/2012, 3 febrero (Asunto CAM), en la que se considera legítima la supresión unilateral de la '*flexi-nómina*'.

121 Cláusulas que normalmente serán reflejo de pactos individuales; aunque no faltan ejemplos de cláusulas convencionales en las que se refleja la preocupación por el devenir de las normas fiscales y de Seguridad social o en los que expresamente se descarga a las empresas de cualquier sobre coste ligado a cambios en la legislación fiscal que pudieran resultar desfavorables para los trabajadores.

122 Se produce un apartamiento de la norma fiscal; que se reformó en 2012, por Ley 16/2012, para poner punto final a la vieja posibilidad de utilizar el criterio legal de valoración en supuestos de cesión de vivienda arrendada por el empleador, prescindiendo del importe del desembolso real empresarial en concepto de renta.

y que podían tener encaje cómodo en las viejas y generosas exclusiones de la base de cotización previstas en los viejos arts. 109 LGSS y 23 RCLDSS (y que, por tanto, indiscutiblemente podían aprovechar las correspondientes *economías de opción*) en perjuicio de las segundas. Nivelaba, asimismo, a trabajadores que ni siquiera disfrutaban prestaciones en especie o beneficios sociales gestionados y financiados por las empresas y que se costeaban idénticas prestaciones con cargo a un salario total idéntico, aunque valorado y satisfecho en dinero.

3. Por su parte, meses más tarde el art. 23 RCLDSS ha sufrido cambios profundos y complejos en su redacción (RD 637/2014, 25 julio). Efectivamente, en él se instituyen tres tipos de rompedoras reglas para la determinación de las bases de cotización y de las cuotas correspondientes: reglas de calificación –inclusión vs. exclusión de la base de cotización y sobre su consideración como percepciones dinerarias o en especie<sup>123</sup>–; pero también originales normas de cuantificación o determinación del valor monetario computable, así como pautas indisponibles para la imputación temporal de algunos tipos de percepciones económicas. Incorpora reglas propias de cuantificación e imputación temporal de conceptos retributivos computables que afectan tanto a la especie, como al metálico a efectos de cotización, rompiendo el viejo vínculo legal con la normativa fiscal «homóloga» (salvo por lo que respecta a las reglas especiales previstas para supuestos de disfrute de vivienda propiedad de la empresa y de los de puesta a disposición de vehículos para fines particulares)<sup>124</sup>. Pero analizados los cambios introducidos desde la perspectiva de los *PRF* en su configuración prototípica y clásica, debe convenirse en que no genera tampoco un impacto especial, desde el momento en el que lo que se sujeta a cotización, según criterios administrativos, es el importe íntegro monetario garantizado y afectado al *PRF*, cualquiera que sea su utilización efectiva y la clase de bienes y servicios elegidos (y abstracción hecha del importe monetario que quepa imputar a cada prestación en especie en abstracto, aisladamente considerada, acudiendo a las indisponibles reglas de cuantificación del art. 23 RCLDSS)<sup>125</sup>. Y el hecho de que según



123 Desaparece la regla copiada de la norma tributaria sobre la consideración como dineraria de las prestaciones afectas, *ex convenio* o *ex contrato individual*, a consumos o destinos específicos. Pero la reforma resulta inocua. Se tratan como dinerarias (aunque laboralmente puedan considerarse en especie). Los vales, cheques o tarjetas se valoran por su importe. Y el concepto de remuneración en especie se toma de la norma fiscal.

124 La desvinculación respecto del art. 43 LIRPF y cc. ha sido casi total, salvo por lo que respecta a la valoración de la vivienda propiedad de la empresa, los vehículos y los préstamos (art. 23.1.B), apartados d) y e) RCLDSS. Incluso en ese marco se produce un ligero apartamiento, dado que la regla tributaria de valoración de la vivienda se utiliza también, aunque no sea propiedad de la empresa.

125 Sin que sea factible acudir a un planteamiento como el admitido abiertamente en el terreno fiscal. Y es que la DGT exige que se formalice un acuerdo individual de novación del metálico garantizado, que se sustituye por las prestaciones en especie escogidas por el trabajador dentro de las posibilidades ofrecidas dentro del PCF y que aprovechan las reglas de exención y cuantificación hasta el valor de la prestación, coincida o no con el valor imputable fiscalmente. En el ámbito de la cotización, esta fragmentación del paquete retributivo para fines fiscales no abriría, adicionalmente, intensificadas posibilidades de fuga de la cotización (habida cuenta de la favorabilidad extrema

el criterio administrativo imperante en el ámbito tributario sea necesario un acuerdo de novación del metálico en especie para el disfrute de ventajas fiscales<sup>126</sup> (y que desde esa lógica y en aras también de la seguridad jurídica que proporciona el pacto expreso y escrito, así lo exijan también los convenios colectivos) no cambia nuestra interpretación, ni posibilita el aprovechamiento de reglas de valoración eventualmente más favorables. Otra cosa será en el caso de viejas políticas concesivas de beneficios sociales o prestaciones en especie desestructuradas (no organizadas en los denominados *PRF*) o programas de retribución flexible contruidos «a la inversa», como se ha planteado *supra* (garantes de especie, sustituible mediante pacto por el valor monetario desembolsado por la empresa).

**ANA MATORRAS DÍAZ-CANEJA**

*Profesora Agregada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Facultad de Derecho (ICADE)  
matorras@icade.comillas.edu*

.....  
de algunas de las novedosas reglas de cuantificación de la especie). Recuérdese, por lo demás, el tenor del viejo art. 105 LGSS (actual art. 143 TRLGSS) que fuerza a considerar nulo todo pacto «que pretenda alterar las bases de cotización que se fijan en el art. 147»).

126 Sin que baste una simple mediación en el pago. Por todas, Consulta DGT 13 abril 2015 (V1127-15).

# RETRIBUCIÓN VARIABLE Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción: 30/04/2016

Fecha de aceptación: 30/05/2016

**SUMARIO:** 1. LA PROGRESIVA EXPANSIÓN DE LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE. 2. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE, NOTAS PREVIAS. 3. RETRIBUCIÓN VARIABLE Y CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA. 3.1 Rasgos definidores del nacimiento de la condición más beneficiosa. 3.2 La lógica de la consolidación de sistemas de retribución variable basados en el nacimiento de condiciones más beneficiosas. 3.2.1 *Presupuestos para la creación de sistemas de retribución variable a través de condiciones más beneficiosas.* 3.2.2 *¿Cuál es el plazo de prescripción de las acciones en estos casos?* 3.2.3 *El imposible derecho a la modificación unilateral por parte del empresario de los sistemas de retribución variable nacidos de condiciones más beneficiosas.* 4. LA REGLA DE INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS Y SU APLICACIÓN AL RÉGIMEN DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE. 4.1. El alcance del principio de indisponibilidad de derechos. 4.2 Indisponibilidad de derechos y retribución variable. 5. NUEVAS FORMULACIONES PARA NUEVAS REALIDADES: LOS PRINCIPIOS DE OBJETIVIDAD Y TRANSPARENCIA EN EL ESTABLECIMIENTO DE SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE. 5.1 Las «dimensiones» del principio de objetividad. 5.1.1 Idoneidad del sistema de retribución variable. 5.1.2 El respeto a la reciprocidad de intereses. 5.1.3 La objetividad en los criterios de determinación. 5.1.4 Proporcionalidad en su devengo y reparto mancomunado. 5.2 El alcance del «principio de transparencia e información».

**RESUMEN:** El presente estudio analiza la proyección de los principios laborales clásicos sobre los modernos sistemas de retribución variable. A tal fin, se detiene, particularmente, en el principio de condición más beneficiosa y en el de indisponibilidad de derechos. Igualmente, se plantea desde esa lógica la creación de nuevos principios, extraídos de la interpretación jurisprudencial, aplicables a estos modernos modos de retribución. En este sentido, se proponen y dotan de contenido a los denominados principio de objetividad y principio de transparencia e información, respectivamente.

**ABSTRACT:** This work analyses how the classic labor principles project on the modern variable salarys ystems. It focuses particularly on the Spanish principles of «condicion más beneficiosa» (most beneficial condition) and «indisponibilidad de derechos» (non-availability of rights). Following the same purpose, it reflects on the creation of new principles taken from the court's doctrine which could be applied to these modern salary systems. With this aim, the new principles of transparency and objectivity are proposed and given their corresponding content.

**PALABRAS CLAVE:** Salario variable, principios de Derecho del Trabajo, condición más beneficiosa, indisponibilidad de derechos, transparencia y objetividad.

**KEYWORDS:** Variable salary, Labor Lawprinciples, «condición más beneficiosa», most beneficial condition, «indisponibilidad de derechos», non-availability of rights, transparency and objectivity.

## 1. LA PROGRESIVA EXPANSIÓN DE LOS SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE

Resulta incuestionable que ligar los incrementos salariales que pueden percibir los trabajadores con los resultados obtenidos por las empresas constituye un factor esencial de las modernas relaciones laborales<sup>1</sup>. La era del fijismo ha pasado y es preciso buscar sistemas retributivos y de gestión que motiven a las personas para conseguir una mayor productividad. Ciertamente es que a lo largo de la historia se han venido utilizando distintos sistemas de retribución que ligan ésta al rendimiento del trabajador pero, como hemos analizado en otros estudios, las mismas se vinculan a modelos de organización que se encuentran en abierta y franca decadencia. Han pasado los tiempos de los destajos que primaban cantidad sobre calidad, o los de los modelos de taller y cronómetro, más propios de un modelo industrialista que en nuestro país se bate claramente en retirada. La actual economía predominantemente basada en los servicios obliga a reformular tales instrumentos y a dotarlos de perfiles más adaptados a nuestra cambiante realidad económica.

El temor a la retribución variable es un hecho, como lo demuestran las reticencias sindicales hacia estas fórmulas, temor que se fundamenta en el efecto individualizador que la misma puede poseer. Ello explica que, aunque resulte una práctica creciente la incorporación en nuestros convenios de este tipo de fórmulas, lo cierto es que su crecimiento es relativamente lento. Es hoy por hoy, en suma, una más de las múltiples asignaturas pendientes de nuestro sistema de relaciones laborales. Algunos estudios han señalado que la parte fija del salario supone la parte sustancial de la retribución que reciben los trabajadores españoles; por ello, un paseo por los convenios colectivos de nuestro país y, si se me apura, por las investigaciones en esta materia, nos muestra un panorama en el que lo variable sigue teniendo un valor relativamente residual. Con nuevas formas pero bajo las mismas fórmulas siguen apareciendo los clásicos complementos salariales que han acompañado los modos retributivos en nuestro país desde hace más de cuarenta años. El «confort» que proporcionan los modelos conocidos y, sobre todo, la garantía de estabilidad permanente de las retribuciones al margen de cuál sea el contexto económico sobre las que las mismas

.....

1 Para un estudio más detenido nos remitimos a nuestro trabajo, *Salario y crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 y al de MATORRAS, A., «La retribución variable: su potencial flexibilizador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.169, 2014.

se proyecten, han contribuido a un proceso de petrificación de nuestra estructura salarial altamente negativo cuyos más perversos efectos se ponen de manifiesto cuando la crisis económica necesita de ajustes rápidos y flexibles frente a ciclos de regresión<sup>2</sup>.

Resulta, por ello, necesario reflexionar sobre los límites de estos nuevos sistemas de remuneración y, para tal fin, puede ser un buen método ligar los mismos con las instituciones clásicas del ordenamiento laboral y, en especial, con sus principios.

## 2. LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO, NOTAS PREVIAS

En el Derecho del Trabajo, la aplicación de las normas laborales ha suscitado históricamente y suscita en la actualidad importantes problemas que se vinculan por el uso de los denominados «principios específicos», «principios peculiares» o, de forma más generalizada, «principios de aplicación del Derecho del Trabajo», entre los que tradicionalmente se han incluido el principio «*in dubio pro operario*»; los principios de norma mínima y de norma más favorable; el de condición más beneficiosa y, en fin, el principio de irrenunciabilidad de derechos, como limitativo del de autonomía de la voluntad.

La razón última de la importancia de los citados principios se encuentra, como afirmaba Alonso Olea, en el hecho de que «es la aplicación del derecho lo que establece el puente entre la norma y la realidad normada, entre la concepción de quién regula y la realidad que se pretende regular. Cómo se produzca esta integración es algo de fenomenal trascendencia, pues de que ocurra, y del momento y forma cómo ocurra, depende, por un lado, el que la norma pueda explayar sus posibilidades internas y múltiples y, por otro lado, el que la realidad encuentre en la norma el cauce por el que pueda discurrir, sin tener que desbordar»<sup>3</sup>.

Bien es cierto que, como he tenido oportunidad de señalar en estudios anteriores, la mayor parte de los citados «principios» o no son tales, sino más propiamente reglas, o, si lo son, su función se encuentra sumamente debilitada. Es el caso del principio pro operario, ha sido Desdentado el que, de forma rotunda, ha fijado los reducidos términos y condiciones de su uso llegando a afirmar su seguridad en que «no existe el principio *in dubio*

2 Un análisis económico sobre los efectos de la flexibilidad salarial puede verse en R. DOMÉNECH, R.; GARCÍA, J. R. y ULLOA, C., *Los efectos de la flexibilidad salarial sobre el crecimiento y el empleo*, BBVA Research, Documento de Trabajo, marzo 2016.

3 ALONSO OLEA, M., *La aplicación del derecho del trabajo*, Madrid, MT, 1970, p. 7.

*pro operario*»<sup>4</sup>. Algo similar ocurre con el principio de norma más favorable, cuya acusada decadencia viene observándose desde hace largo tiempo<sup>5</sup>.

No obstante, cierto es que las ideas y valores que se encuentran en el fondo de las idealizaciones que sirven de base a la creación de estas categorías extrajurídicas, como lo son los principios, tienen una enorme carga simbólica. La protección del más débil, la tutela de los desfavorecidos y, en conjunto, todas aquellas que componen el marco tuitivo de lo social poseen un angélico carácter que convierte, casi por esencia, en socialmente demoníaco todo aquello que se aparte de tan bondadosos valores. Pero el debate jurídico debe trascender del debate maniqueo del bien y el mal. Se hace necesario valorar qué queda de aquellos viejos principios a la luz de nuestra actual realidad jurídica.

Esta necesidad viene impuesta por el propio derecho positivo. Buen ejemplo es la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que establece: «*Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho en materia (...) laboral...* la remuneración variable total se reducirá de forma considerable cuando la entidad obtenga unos resultados financieros poco brillantes o negativos». La citada referencia se encuentra en línea con la Directiva 2010/76, que precisa que: «sin perjuicio de los *principios generales del Derecho (...) laboral* nacional, la remuneración variable total se contraerá generalmente de forma considerable cuando la entidad de crédito obtenga unos resultados financieros poco brillantes o negativos», estela que fue seguida por la Circular 4/2011, de 30 de noviembre, del Banco de España que, expresamente, llama para el cumplimiento de sus fines a lo establecido en los «*principios generales del derecho laboral nacional*». Las remisiones nos ponen sobre la pista de que el debate sobre los principios sigue, en nuestros días, plenamente vigente y dista mucho de haber concluido.

### 3. RETRIBUCIÓN VARIABLE Y CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

#### 3.1 Rasgos definidores del nacimiento de la condición más beneficiosa

Uno de los rasgos definidores de la construcción doctrinal y jurisprudencial de la condición más beneficiosa ha sido la atribución a la misma de un origen negocial<sup>6</sup>. El negocio

.....

4 DESDENTADO BONETE, A., *El principio pro operario*, en Villa Gil y López Cumbre (Dir.), «Los principios del derecho del trabajo», Madrid, CEF, 2003, p.103.

5 Me permito remitir a mis trabajos, «Crisis y decadencia del principio de norma más favorable en la jurisprudencia laboral», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1998, núm. 1, pp. 117 a 134. Id. «La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable», *REDT*, 2002, núm. 109, pp. 19 a 44. Y, más recientemente, *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 75–102.

6 Extensamente, MERCADER, J. R., *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, cit., pp. 134–154.

jurídico es una reglamentación autónoma de una situación jurídica, cuyo más importante efecto consiste en que las partes que lo han realizado quedan atadas, vinculadas y obligadas por aquello que han declarado, convenido o dispuesto, de lo que deriva el denominado efecto vinculante del negocio realizado. Tal efecto posee una doble faz: positiva, en cuanto determina el deber de observancia a la regla de derecho que ellas mismas se han dado y, negativa, que les impide desligarse unilateralmente del contenido pactado, así como ejercitar los derechos o cumplir con las obligaciones de una manera distinta a la que el negocio tiene prevista y ordenada. El negocio jurídico es, por regla general, irrevocable, por cuanto las partes no pueden desconocer la regla de conducta pactada.

Las declaraciones de voluntad constitutivas de un negocio jurídico pueden ser expresas o tácitas. Una declaración de voluntad es expresa cuando se dirige de modo directo o inmediato, mediante signos objetivamente adecuados a dar a conocer la voluntad del declarante. La declaración de voluntad es tácita cuando el sujeto no manifiesta de modo directo su voluntad, mediante signos objetivos adecuados para ello, sino que realiza una determinada conducta que, por presuponer necesariamente tal voluntad, es valorada por el ordenamiento jurídico como declaración. Se dice entonces que la voluntad se declara por medio de hechos concluyentes («per facta concludentia»), en suma, la eficacia de estos hechos se mantiene por haber mediado consentimiento.

La idea de declaración de voluntad tácita constituye una auténtica ficción jurídica. Puede que exista o que no exista «voluntad», pero lo que es claro es que con los actos, en rigor, no se declara nada. Los actos pueden «revelar» una voluntad, ser «interpretados» como signo de voluntad pero lo cierto es que no «declaran»<sup>7</sup>. O, por expresarlo en palabras de De Castro, «en ellas, la conducta tenida en cuenta no es por sí misma significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad (indicio voluntatis)». En todo caso, su autor quedaría vinculado por su conducta, por el sentido que objetivamente debe atribuirse a ella, de tal manera que no pueda ya contravenirlo ni rechazarlo<sup>8</sup>.

Simétricamente, para que nazca la condición más beneficiosa, es necesario que, o bien exista pacto expreso entre el empresario y una serie o grupo de trabajadores, tal y como hemos señalado o, lo que es más frecuente, consentimiento implícito de unos y otros en la implantación de aquélla, puesto que no basta que se haya producido una determinada situación de hecho, sino que es preciso además que concurra la voluntad tácita de las partes de establecer tal condición. Como expresa, a título de ejemplo, la STS 25 de junio de 2014 (JUR\2014\230069), «el origen de la condición más beneficiosa es siempre la voluntad de las partes, si bien el acuerdo entre ellas no necesariamente tiene que ser expreso sino que, con mucha frecuencia, es tácito»

.....

7 DIEZ PICAZO, L., *La doctrina de los actos propios*, Madrid, Civitas, 2014, p. 219.

8 DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 67.

Como ha reiterado la jurisprudencia, «la condición más beneficiosa requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por «un acto de voluntad constitutivo» de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (sirvan de ejemplo, entre las últimas<sup>9</sup>. Todo lo cual permite calificar a dicha condición como un «acuerdo contractual tácito» *ex art. 3.1.c) ET*<sup>10</sup>.

Es éste, verdaderamente, el terreno propio de la condición más beneficiosa en el momento actual. Cuando el origen de estas condiciones procede del acuerdo entre las partes son estas, precisamente, las que definen el contenido, condiciones y extensión de las obligaciones resultantes. En estos casos, el contrato de trabajo no deja de ser un mero receptor de estas condiciones. Pero una cuestión distinta es la que se plantea en aquellos supuestos en los que es el empresario, unilateralmente y a través de hechos concluyentes, quien realiza un acto atributivo de derechos.

Lo que se plantea normalmente es un problema de valorar la conducta del empresario y su entrada en el núcleo obligacional del contrato de trabajo. Si hay una declaración expresa de establecimiento de la condición y de asunción de su obligatoriedad, no hay problema para su incorporación al vínculo contractual. Pero, en la práctica, las situaciones son más confusas y hay que ponderar la causa de la concesión del beneficio y la voluntad de permanencia en la concesión. Como el propio Tribunal Supremo ha expresado, dicha tarea no siempre es sencilla «pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho; y en segundo lugar; si realmente es la voluntad de las partes en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones»<sup>11</sup>. La construcción de este «pacto tácito» tiene carácter mediato, en la medida en que, para conocer tales declaraciones, «al no ser expresas, requieren acudir a conjeturas y aplicarles las reglas de las presunciones de hecho»<sup>12</sup>.

A partir de las anteriores premisas, la jurisprudencia ha ido construyendo los elementos definidores del negocio jurídico tácito sobre el que se asienta el nacimiento de las condiciones más ventajosas.

Un primer factor delimitador del nacimiento de la condición queda condicionado a la existencia de una conducta vinculante, entendiendo por tal «la actitud adoptada o pro-

9 Así, las SSTs 5-6-2012, Rº 214/11; 26-6-2012, Rº 238/11 y 19-12-2012, Rº 209/11.

10 STS 26-7-2010, RJ 2233.

11 SSTs 29-3-2000, Rº 3590/1999; 24-9-2003, Rº 119/2003; 21-11-2006, Rº 3936/2005; 4-4-2007, Rº 5/2006; 27-6-2007, Rº 1775/2006.

12 F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 67.

ceder general de una persona en una relación jurídica»<sup>13</sup>. Es así que en estos casos debe valorarse un acto o serie de actos que revelan una determinada actitud o toma de posición de la persona que debe resultar jurídicamente relevante.

Así, señala la jurisprudencia que para que «pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión»<sup>14</sup>. Dichavinculación jurídica debe ser muy segura y ciertamente cautelosa, debiendo tratarse de actos concluyentes e indubitados y de carácter inequívoco. Esto es, resulta precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, actos idóneos para relevar una vinculación jurídica. Lo que exige que los actos de una persona que pueden tener relevancia en el campo jurídico marquen los realizados en un devenir, sin que los mismos, en ningún caso, puedan contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierta a terceros afectados por ellos. A través de dicha exigencia, se busca precisar que los referidos actos son expresión del consentimiento, de modo que los mismos constituyen una convención o, de una manera más o menos directa, componen una declaración de voluntad.

En segundo término, y unida a la anterior exigencia, reviste especial importancia el «sentido de la conducta». La conducta debe ser objeto de interpretación para averiguar su sentido y significación. Esta interpretación debe ser: objetiva, no se trata de averiguar el sentido que le diera su autor, sino el sentido que debían darle sus destinatarios; unívoca, dado que la conducta no es vinculante cuando puede razonablemente conducir a interpretaciones diversas; e inmediata, dado que la conducta vincula a aquello que se desprende de ella sin necesidad de deducciones e investigaciones.

Es, sin duda, este segundo nivel de exigencia donde se plantean los problemas prácticos más relevantes. La significación jurídica de los actos que fundamentan el carácter inequívoco de la declaración de voluntad debe resultar valorable objetivamente como índice de una actitud general adoptada en la situación jurídica en la cual ha sido realizada. Ello requerirá acudir a técnicas presuntivas: a partir de la constatación de la habitualidad, regularidad, persistencia y disfrute en el tiempo, durante un período razonable, de una conducta empresarial ventajosa para los trabajadores, los órganos jurisdiccionales deducen la concurrencia de la voluntad empresarial de actuar de tal manera frente a éstos por tiempo indefinido. Se presume, por ello, que lo que inicialmente pudo ser una conducta discrecional y voluntaria, se transforma en una condición más beneficiosa. Si bien «no es

13 F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, IEP, 1949, I, p. 623.

14 STS 16 de septiembre de 1992, RJ 6789; 20 de diciembre de 1993, RJ 9974; 21 de marzo de 1994, RJ 1216 y 8 de julio de 1996, RJ 5758.

la mera persistencia en el tiempo la que crea la condición más beneficiosa, sino que esa persistencia tiene que ser indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, integrando así la reiteración una declaración tácita de voluntad»<sup>15</sup>.

La falta de criterios uniformes en esta materia «ha provocado una grave inseguridad jurídica, desde el momento en que la ausencia de elementos de juicio más o menos objetivos conduce irremediamente a ofrecer respuestas diferentes a supuestos en la práctica similares». Es una realidad incuestionable que «no existe unanimidad doctrinal en torno al tema» sin que se puedan extraer «criterios generales que con objetividad nos muestren por qué en unos supuestos se estima la existencia de condiciones más beneficiosas y en otros no, cuando la fundamentación jurídica de los pronunciamientos se centra, precisamente, en la extensión temporal del disfrute del privilegio»<sup>16</sup>.

No obstante, a la luz de la doctrina civil que se ha desarrollado en relación con el valor de las actitudes y comportamientos en las relaciones sociales estables, no cabe admitir la existencia de actuaciones reiteradas intrascendentes desde el punto de vista contractual. Por lo que, en principio, cualquier conducta reiterada en el desarrollo del contrato generará una condición más beneficiosa bien por el silencio significativo en que se mantiene la otra parte, bien porque la apariencia habrá de ser considerada como declaración negocial por *facta concludentiae*. Pues, como recuerda la STS 25 de junio de 2014 (JUR\2014\230069), «el contrato de trabajo tiene naturaleza onerosa y la prestación de trabajo y la contraprestación salarial son obligaciones recíprocas: una es siempre causa de la otra y al revés. Por decirlo sintéticamente, «laboralidad» y «liberalidad» son términos antagónicos y recíprocamente excluyentes.

### 3.2. La lógica de la consolidación de sistemas de retribución variable basados en el nacimiento de condiciones más beneficiosas

#### 3.2.1 Presupuestos para la creación de sistemas de retribución variable a través de condiciones más beneficiosas

La lógica de la consolidación de sistemas de retribución variable basados en el nacimiento de condiciones más beneficiosas ha venido siendo atendida por nuestra jurisprudencia. Con lo que, a partir de la constatación de la mera reiteración, durante un período razonable, de una conducta empresarial ventajosa para los trabajadores, los órganos jurisdiccio-

15 SSTS 3-11-1992, R° 2275/1992; 17-12-1997, R° 874/1997; 24-9-2004, R° 119/2003.

16 Como pone de manifiesto DÍAZ AZNARTE, M. T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 143-145.

nales deducen la concurrencia de la voluntad empresarial de actuar de tal manera frente a éstos por tiempo indefinido. Se presume, por ello, que lo que inicialmente pudo ser una conducta discrecional y voluntaria, se transforma en una condición más beneficiosa.

El carácter determinante del sentido de la conducta comporta, como hemos señalado, la exigencia de hechos objetivos que manifiesten la voluntad empresarial. De este modo, la jurisprudencia ha ido incorporando a sus razonamientos determinados índices que operan como factores de la creación de un escenario creíble que evidencia la voluntad empresarial de otorgar determinado beneficio. En suma, se hace necesaria la confirmación de la voluntad empresarial a través de hechos «fehacientemente» concluyentes.

Un supuesto singular se plantea en la STS 26 de julio de 2010 (R° 230/2009). En la misma, la citada empresa venía abonando a sus trabajadores un complemento denominado «BRM» (Business ResultMultiplier). El BRM es un coeficiente multiplicador definido globalmente partiendo del Net Sales/OperatingProfit (operative) Cash Flow de la Compañía. El BRM es aprobado por el ExecutiveBoard para cada periodo semestral. Los valores que puede tomar el BRM van desde el 0'35 al 1'5. Dicho coeficiente –por el que se multiplica el porcentaje de cumplimiento de objetivos fijados para cada operario– lo habían venido percibiendo sin interrupción todos los trabajadores en cuantía del 0'35; pero en abril 2008 la empresa «colgó» en su Intranet un documento en idioma inglés (que es el habitualmente utilizado), haciendo referencia –entre otros extremos– a que el BRM podía ser «cero» en lo sucesivo si la empresa sufriera pérdidas que se reflejaran en sus cuentas, sin que, para adoptar esta modificación, se hubiera seguido el procedimiento establecido en el art. 41 ET. El Tribunal Supremo confirmó en la sentencia de referencia el pronunciamiento de la Audiencia Nacional al considerar que «el hecho de que los trabajadores de la demandada *hayan venido percibiendo prolongadamente y sin interrupción* la cantidad resultante de aplicarles, al porcentaje de cumplimiento de objetivos fijados para cada uno de ellos, el multiplicador en cuantía del 0'35», (...), ponían de manifiesto que estamos en presencia de una condición más beneficiosa, lo que supone para los empleados un derecho adquirido, del que no puede privárseles sin su consentimiento o, en su defecto, sin acudir la empleadora al procedimiento prevenido por el art. 41 ET».

Igual conclusión cabe extraer de la STS 16 de mayo de 2012 (R° 168/2011). En la misma, los trabajadores de WagonsLits del grupo profesional I fueron traspasados a Cremonini Rail Ibérica SA con mantenimiento de sus condiciones laborales. Estos trabajadores venían percibiendo una retribución variable que era cuantificada cada año, en función del grado de cumplimiento de los objetivos, que previamente determinaba la empresa WagonsLits, quien se comprometió a revisar anualmente sus retribuciones variables. Cremonini Rail Ibérica no abonó a estos trabajadores la retribución variable ni ha fijado

objetivos para 2010. El Tribunal Supremo entiende que «tal retribución venía percibiéndose por los trabajadores por lo que no puede ser suprimida unilateralmente por la nueva empresa, ya que la misma forma parte de la retribución pactada, en la que se contempla una parte fija y otra variable». No empuja tal conclusión «el hecho de que tal retribución se cuantificara anualmente, en función del grado de cumplimiento de los objetivos previamente determinados por la empresa, y que la empresa Cremonini Rail Ibérica S.A. no haya procedido a fijar tales objetivos. En efecto, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y en los contratos suscritos por la hoy recurrente con estos trabajadores se establecía, como cláusula adicional, que el trabajador tendrá derecho a un bonus potencial en función de los resultados de la empresa y su propio desempeño, por lo que no cabe que la empresa le deniegue el abono del mismo». Aunque el citado pronunciamiento no recurre a la condición más beneficiosa como criterio de nacimiento del derecho, la misma incorpora un razonamiento que sugiere su uso implícito.

En sentido contrario, el propio Tribunal Supremo, en su STS 7 de julio de 2010 (R° 196/2009), deja claro en el caso de un bonus que: «de la conducta observada a lo largo del tiempo por parte de la empresa no puede deducirse la voluntad de incluir en la remuneración de sus trabajadores un sistema permanente de retribución variable. Queda acreditado que, efectivamente, como razona la Sala de instancia, la concreción del bonus se hacía año a año, sin que las condiciones de su fijación fueran perdurables en el tiempo y sin que en la configuración de aquéllas interviniera la negociación con los trabajadores. Asimismo, se ha acreditado que desde 2004 se partía de la premisa de la consecución del 50% de los objetivos a nivel del Grupo, lo que impediría, por tanto, aceptar que es ésta una condición novedosa».

En esta línea se mueve, también, la STSJ Madrid 26 de marzo de 2012 (AS 2012\1485), en la que expresamente se señala que: «en el presente caso, las partes no suscribieron ningún pacto de incentivos, ni la gratificación estaba fijada en contrato ni en convenio colectivo. Pues bien, de la resultancia fáctica no puede concluirse que la cuestionada gratificación constituyera una condición más beneficiosa, *al no seguir un patrón homogéneo, decidirse anualmente y expresamente en virtud del importe destinado globalmente*, no incorporándose, en definitiva, al nexo contractual en virtud de una voluntad empresarial de reconocimiento del derecho, que vistos los actos posteriores no existía».

Por su parte, la STSJ de Murcia de 16 de abril de 2012 (R° 516/2011), resuelve sobre un caso en el que la empresa había venido abonando a un trabajador un concepto económico denominado «Incentivo Variable» en 2004, 2005, 2006. El trabajador demandante causó baja voluntaria en la empresa demandada el 28/1/2008. La empresa no abonó al actor el salario de enero de 2008 ni el incentivo variable de 2007. El citado pronunciamiento

mantiene que una retribución variable por objetivos que se repite en el tiempo «más que una condición más beneficiosa se estaría, en puridad, ante la existencia de derecho condicional al cobro una vez cumplidas unas condiciones, que no se acreditan, ni tan siquiera describen, por lo que la demanda no puede prosperar».

### *3.2.2 ¿Cuál es el plazo de prescripción de las acciones en estos casos?*

Cuestión directamente vinculada con la anterior es la relativa al plazo de prescripción de las acciones en esta materia. Conviene recordar que el art. 59.2 ET establece que, en el caso de las reclamaciones de percepciones económicas, «el plazo de un año se computa desde el día en que la acción (pudo) ejercitarse» (art. 59.2 ET). Tal fecha resultará aquella en que los salarios u otras percepciones debieron ser percibidos y no se percibieron o se percibieron en menor cuantía de lo que eran debidos, para el caso de que la reclamación se refiera a diferencias salariales. La regla para los salarios es, así, la general del art. 1969 CC – «prescripción desde el día en que pudo ejercitarse la acción»–.

Algún pronunciamiento dictado en suplicación nos ayuda a comprender los términos de este debate. Así, la STSJ Andalucía, Granada 17 de marzo de 2013 (JUR 2013\232267), aplica la regla de prescripción en un caso en el que la verdadera pretensión de la parte actora era, en esencia, que se declarase que constituye condición más beneficiosa el derecho al bonus en los términos en los que se había aplicado durante los años 2006, 2007 y 2008 y que su supresión por la empresa constituía una modificación unilateral nula por no ajustarse a las reglas para la modificación de condiciones de carácter colectivo. Así lo ponía de manifestó la propia parte recurrente al decir que «nos encontramos a nuestro juicio en el presente caso, ante una mejora que voluntariamente realiza la empresa constituyendo una ventaja incorporada a la relación laboral, pues cumple los requisitos para la existencia de un condición más beneficiosa y, en consecuencia, la supresión del abono de las cantidades litigiosas de manera unilateral por aquella vulnera el principio de intangibilidad de una concesión más beneficiosa adquirida e incorporada al nexo contractual». Con cita de la STSJ Andalucía 14 de enero de 2010, subraya que, «teniendo en cuenta su origen y nacimiento, como derivada de una conducta positiva empresarial reiterada en el tiempo, no puede sino reconocerse que la condición más beneficiosa puede extinguirse a virtud de su no realización o conducta negativa contraria por parte de la empresa. La determinación del plazo preciso al efecto no puede sino surgir de la aplicación de lo dispuesto en el art. 59.2 ET».

Es la incierta y, en ocasiones, desconcertante lógica de la condición más beneficiosa, la vara de medir el alcance de los derechos laborales y de los límites empresariales. Por ello, se ha dicho con acierto que: «resulta aconsejable que haga públicas (anticipadamente) to-

das cuantas restricciones o condicionantes de disfrute de bonus discrecionales considere oportuno establecer, e invite al trabajador a suscribir un documento de adhesión. Y, en particular, a efectos de evitar su incorporación tácita al contrato individual – y al paquete retributivo garantizado –, la empresa, al hacer los correspondientes pagos, ha de advertir sobre el carácter gracioso (y, en su caso, por una sola y extraordinaria vez) de su concesión y observar después un comportamiento coherente»<sup>17</sup>.

### *3.2.3 El imposible derecho a la modificación unilateral por parte del empresario de los sistemas de retribución variable nacidos de condiciones más beneficiosas*

Como algún pronunciamiento ha recogido, si bien es cierto que la tutela del ánimo de lucro de la empresa y de la iniciativa económica aconseja alentar la modificabilidad de la retribución por incentivos pues el hecho de que en circunstancias diferentes de producción o de trabajo en otros años hiciera posible su abono no significa que esta situación se dé en el futuro, y por ello es válida su disminución e incluso su desaparición, lo cierto es que la libre y unilateral decisión de modificación unilateral por la empresa no es la vía adecuada para proceder a ese necesario ajuste. Numerosos han sido los pronunciamientos jurisprudenciales que, hasta el momento, han venido declarando nulas y sin efecto las decisiones empresariales que, sin ser objeto del correspondiente proceso de negociación, son establecidas directamente por la empresa y en todas ellas se remite a la vía del art. 41 ET como cauce adecuado para efectuar dicha alteración.

La SAN 23 de septiembre de 2010 (Rº 142/2009) (confirmada luego por la STS 19 de septiembre de 2011, RJ 2011\7270), trae causa de un supuesto en el que los trabajadores percibían una retribución variable consistente en un porcentaje (15%, exactamente) del salario fijo anual bruto de cada empleado. Este sistema estaba reconocido en algunos casos en el contrato de trabajo y, en otros, se otorgaba sin que se especificara ni en el contrato ni en documento aparte. La demanda de conflicto colectivo se alza contra la decisión de la empresa de variar los porcentajes de los bonus de forma unilateral, del 15% al 10% del salario fijo anual bruto, sin mediar conversaciones con los representantes de los trabajadores. Según interpreta la Sala de la Audiencia Nacional, la práctica empresarial de conceder el bonus a todos los trabajadores, incluso a aquellos que no lo tenían reconocido en contrato o documento alguno, supone la existencia de un derecho adquirido de los trabajadores a que se les aplique el porcentaje determinado del 15% sobre el salario fijo anual bruto y no puede ser modificado unilateralmente por el empresario. La Audiencia Nacional considera, por tanto, que la modificación del porcentaje del bonus debería haber

.....

17 MATORRAS DIAZ CANEJA, A., El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial, *AL*, 2010, núm. 15.

seguido el procedimiento establecido en el Estatuto de los Trabajadores en su art. 41 ET, al considerar que la medida empresarial constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que este sistema retributivo formaba parte de las condiciones laborales de los trabajadores, con independencia de que la medida fuera otorgada a través de un contrato, documento o práctica empresarial.

En esta línea y con expresa referencia a la vía de las modificaciones sustanciales, es necesario tener presente la STS 20 de enero de 2009, (R° 133/2007). En el caso planteado, se pretendía por la empresa la modificación de un plus cuyo origen no estaba en un acuerdo o pacto colectivo, sino que había nacido de una decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos. Se planteaba, en el mismo, la innecesariedad del recurso a la vía del art. 41 ET, dado que el citado complemento personal, voluntario en concesión y cuantía, era adoptado por la empresa en virtud de los criterios establecidos en el programa, por lo que se consideraba que la introducción de los elementos nuevos era mera facultad empresarial. La sentencia analizada considera, sin embargo, que el legislador ha sido taxativo al incluir en el art. 41.2 ET, la modificación de las condiciones reconocidas a los trabajadores disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, lo que aparta la referida condición del tratamiento de una condición individual renunciabile sin otros requisitos, elevándola a la categoría de colectiva, lo que, unido a su incardinación, objetiva en el apartado d) del art. 41.1 ET, determina su inclusión en las previsiones del apartado 4º del citado artículo. La omisión del mandato legal impuesto determina la nulidad de la medida adoptada. Esta misma orientación sigue la STSJ Castilla y León, Valladolid 20 de enero de 2009, (R° 1930/2009), Asunto Larcovi, en la que se considera que dejar sin efectos la retribución variable por objetivos que la empresa venía abonando a todos los trabajadores y que constituye una condición más beneficiosa no puede ser aceptado «so pretexto de una mala situación económica», sin acudir al procedimiento del art. 41.4 ET.

Otro supuesto se plantea en la ya citada STS 26 de julio de 2010 (R° 230/2009). En ella el Tribunal Supremo confirmó en la sentencia de referencia el pronunciamiento de la Audiencia Nacional al considerar que «el hecho de que los trabajadores de la demandada hayan venido percibiendo prolongadamente y sin interrupción la cantidad resultante de aplicarles, al porcentaje de cumplimiento de objetivos fijados para cada uno de ellos, el multiplicador en cuantía del 0'35», además de la previsión contenida en la circular interna, ponían de manifiesto que estamos en presencia de una condición más beneficiosa, lo que supone para los empleados un derecho adquirido, del que no puede privárseles sin su consentimiento o, en su defecto, sin acudir la empleadora al procedimiento prevenido por el art. 41 ET».

## 4. LA REGLA DE INDISPONIBILIDAD DE DERECHOS Y SU APLICACIÓN AL RÉGIMEN DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE

### 4.1. El alcance del principio de indisponibilidad de derechos

El ordenamiento laboral se ha construido sobre la idea o supuesto de base de la debilidad del trabajador individualmente considerado, constituyendo su propósito, precisamente, constituir un contrapeso que equilibra la desigualdad de poder que es inherente a la relación de trabajo. Abandonar por completo la determinación de las condiciones al contrato de trabajo tuvo terribles consecuencias en los momentos iniciales de formación del ordenamiento laboral, al convertirse el mismo en instrumento de regulación de las condiciones de la prestación de servicios en un contexto de completa asimetría. Es en este momento en el que se construye la idea del contrato de trabajo como «máscara que encubre el poder unilateral del empresario»<sup>18</sup> o, por expresarlo de otro modo, la concepción del contrato de trabajo como institución unilateral.

El resultado es que en las situaciones de poder desigual se ha tendido a sustraer su regulación a los contratantes y la relación jurídica se reglamenta en todo o en parte mediante normas imperativas. No cabe duda de que en el Derecho del Trabajo, además, el lugar de la decisión individual lo ocupa la colectiva<sup>19</sup> y ello porque se ha entendido que «el carácter materialmente unilateral del contrato de trabajo solo puede contrarrestarse y, así progresivamente bilateralizarse, por la actuación de un poder colectivo que tutele el interés general de los trabajadores, siendo la fuerza colectiva la llamada a contrarrestar la debilidad del trabajador individual en la concertación de sus condiciones de trabajo»<sup>20</sup>.

La manifestación más evidente de esta idea es la regla, que no principio, contenida en el art. 3.5 ET que establece que «los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario» y añade que «tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo». A diferencia del Derecho Civil, en el Derecho del Trabajo la indisponibilidad de derechos del trabajador constituye un principio general de aplicación de las normas laborales. Su fundamento es la desigualdad de las partes y su finalidad es proteger al trabajador frente a su propia posición de debilidad en el seno de la relación de trabajo<sup>21</sup>. Ello supone que la renuncia

18 En la conocida expresión de KAHN FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Madrid, MTSS, 1987, p. 28-29.

19 FLUME, W., *La autonomía privada*, en *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*, (trad. cast.), T. II, 4ª ed., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 34.

20 RAMOS QUINTANA, M., *La garantía de los derechos de los trabajadores (Inderogabilidad e indisponibilidad)*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 252.

21 STS 27-4-2006, Rº 50/2005.

no puede considerarse como un acto libre sino condicionado que, posee una función de autodefensa normativa frente a posibles actos de las partes tendentes a reducir la eficacia de las normas<sup>22</sup>.

El referido efecto tutelar ha dotado de un notable alcance expansivo al art. 3.5 ET del que es resultado la severa limitación que sufre la autonomía de la voluntad en lo laboral al quedar el contrato de trabajo relegado a un papel secundario en la configuración de la relación de trabajo, de modo que la indisponibilidad de derechos se convierte en «el reflejo más directo de la reducción por la normativa laboral del ámbito de la autonomía de las partes del contrato de trabajo en el juego del art. 1255 CC»<sup>23</sup>.

Cabría, por ello, considerar que únicamente resultan actos lícitos de disposición y, por ende, idóneos para producir plenos efectos jurídicos, aquellos que cumplan con los siguientes presupuestos<sup>24</sup>: en primer lugar, los actos del trabajador, de cualquier naturaleza y tiempo de realización, en los que se supriman o reduzcan derechos laborales legales o convencionales no vinculados a disposiciones de derecho necesario (art. 3.5 ET *a contrario*). Estaríamos, en este caso, en presencia de las que se han denominado «condiciones neutras», en la medida en que las mismas no están afectadas por una norma estatal o convencional de Derecho necesario»<sup>25</sup>. En segundo término, los actos del trabajador, con la misma generalidad anterior, por los que se supriman o reduzcan derechos laborales no establecidos en disposiciones legales o convenios colectivos, sino en contrato individual de trabajo, decisión unilateral del empleador, costumbre o práctica de empresa (art. 3.5 ET *a contrario*).

## 4.2 Indisponibilidad de derechos y retribución variable

La típica fuente de creación de esta fórmula retributiva ha sido, en unos casos, la unilateral voluntad empresarial o, en otros, los pactos suscritos entre empresa y trabajador. No sorprende por ello, como señala la STSJ Madrid 14 de diciembre de 2009 (JUR 2010\138773), que: «no existiendo reglas legales de derecho necesario respecto a esta clase de retribuciones» y, por tanto, «en ausencia de regulación legal, hay que estar a lo que las partes hayan pactado en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.c ET en relación con los arts. 1091, 1255 y concordantes CC, y en su caso a la regulación que se haya podido establecer por convenio colectivo de acuerdo con el art. 3.1.b ET». Se trata, por lo general,

.....

22 STSJ Aragón 15-3-2010, Rº 152/2010.

23 RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales», *TL*, 2003, núm. 70, p. 114.

24 DE LA VILLA, L. E., «El principio de indisponibilidad de derechos», en AA.VV., *Sistemas de ordenación de fuentes laborales*, Madrid, CGPJ, 1993, pp. 172-173.

25 DESDENTADO, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Sistema normativo laboral*, en *Contrato de trabajo. Memento Práctico*, Madrid, Francis Lefebvre, 2006 p. 175.

de sistemas diseñados por las empresas que poseen sus propias normativas internas y que vienen definidos por la idea de permitir ajustes dinámicos de su uso atendiendo a las circunstancias variables que puedan producirse. La incorporación de la mejora se produce directa y automáticamente, sin necesidad de aceptación o adhesión expresa. Siendo una mejora, se presume la aceptación; y ello, naturalmente, con los condicionantes y límites que el empresario hubiera establecido, haciéndolos públicos, aun unilateralmente y en función de sus intereses o conveniencia. La cuestión que inmediatamente se plantea es la posibilidad de establecer actos de disposición sobre tales condiciones.

El límite a la disponibilidad de los derechos laborales constituye, como acabamos de señalar, una garantía de la imperatividad de las normas laborales pero parece evidente que, tutelada dicha barrera, las partes deben tener plena capacidad de disposición. Ello en la medida en que la autonomía de los particulares es una regla que expresa un modo de entender las relaciones económicas y el sistema económico en general, pues lo cierto es que «el reconocimiento de un poder de autonomía privada o de creación normativa privada está anclado en la Constitución en el art. 10 y en el reconocimiento de la dignidad de la persona, porque solo se reconoce la dignidad de la persona si se le permite autorregular sus marcos de intereses»<sup>26</sup>. Cobran, por ello, especial valor las palabras de Rodríguez Piñero, cuando afirmaba que: «la revalorización del contrato debe servir para la tutela de la persona y la dignidad del trabajador y de sus derechos fundamentales, evitando que instrumentos como la indisponibilidad de derechos, que inicialmente tenían la finalidad de asegurar la autodeterminación del trabajador, degeneren en regulaciones cerradas que suplanten y supriman la voluntad contractual. Esa reducción de niveles e intensidades reguladoras y la atenuación de la normativa heterónoma supone también un mayor espacio para la disponibilidad de derechos»<sup>27</sup>.

El cierre de los reducidos ámbitos a la autonomía de la voluntad se pone de manifiesto en el ámbito de la retribución variable. La STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2010 (AS\2010\2085), puede servir de ejemplo para estas situaciones. En el caso, las partes firmaron un documento de renuncia a que se incluya en el salario regulador la retribución variable a efectos del cómputo de las posibles indemnizaciones legales o pactadas<sup>28</sup>. En el

.....

26 DIEZ PICAZO, L., «La Ley y la potestad normativa privada», en LÓPEZ PINA, A., *Democracia representativa y parlamentarismo*, Madrid, 1994, p. 83.

27 RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual», cit., p. 126.

28 El contenido de la cláusula era el siguiente: «Por medio del presente declaro que, una vez recibido de la empresa Alten TIC el importe bruto total de 11.786,08 euros en concepto de liquidación definitiva y final de la retribución variable por objetivos cerrados y alcanzados correspondientes al ejercicio 2008, y al que se le aplicarán, preceptivamente, las retenciones fiscales y de seguridad social conforme a la legalidad vigente, no tengo nada más que solicitar ni reclamar por este motivo, y por lo tanto, consideraré totalmente saldada y finiquitada mi retribución variable por objetivos 2008 con la empresa, cuya percepción, como complemento salarial no fijo de carácter extraordinario para el ejercicio referenciado y no consolidable, no constituye un derecho adquirido o condición más beneficiosa, habiéndose recibido por mi parte su importe íntegro una vez alcanzados los parámetros fijados, previamente y de

citado pronunciamiento se evalúa en qué medida el citado pacto vulnera el art. 3.5 ET. La Sala considera a estos efectos que: «en la presente litis, aunque expresamente se ha pactado la no computabilidad del plus variable a efectos indemnizatorios, no debe prevalecer la autonomía de la voluntad pues se trata de partidas que se han venido disfrutando con regularidad durante la relación laboral (como demuestra la periodicidad de los pagos durante 2008 y 2009). De admitirse la viabilidad de pactos a tenor de los cuales no se computaría suma alguna por el concepto de bonus, aun habiéndose cobrado con regularidad periódica (julio de 2008, octubre de 2008, enero de 2009 y marzo de 2009), se rompería la proporcionalidad indemnización–salario al tiempo de la extinción y, con ello, se estarían desconociendo los mínimos indemnizatorios fijados por ley que, como ya se ha indicado, son indisponibles. Y tal ruptura se produciría aun en los casos de cobro sin una periodicidad cierta o fija (con independencia de la variabilidad, en su caso, de los importes sucesivamente percibidos, y de cuál sea la proporción que representen en relación con la retribución total). Por consiguiente, no puede admitirse la renuncia alegada en el escrito de impugnación, pues el principio pacta sunt servanda no permite la renunciabilidad de derechos indisponibles, ex art. 3.5 ET, y el concepto legal de salario y su devengo, ex art. 26 ET, lo es a los efectos de la litis aquí enjuiciada»<sup>29</sup>.

Más recientemente, la STS 2 de diciembre de 2015 (Rº 326/2014) viene a determinar que no se puede imponer como condición a los trabajadores para poder percibir una retribución variable seguir prestando sus servicios para la empresa en el momento en que se abone dicha partida salarial. Tal cláusula se entiende nula de pleno derecho por abusiva tanto si se incorpora bien en contrato individual, como en convenio colectivo. En el caso resuelto por la sentencia citada el sindicato mayoritario de una empresa de telefonía interpuso una demanda de impugnación de convenio colectivo para solicitar que declarara la ilegalidad de la cláusula por la que se establecía textualmente para poder percibir incentivos lo siguiente: «será condición inexcusable estar de alta en la empresa en la fecha de su pago». En concreto, los incentivos, que se iban devengando a lo largo del año, se percibían en el primer cuatrimestre del año siguiente una vez realizadas las operaciones necesarias para el cálculo de lo devengado.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo declaran nula la cláusula por abusiva. En última instancia, el Supremo deja claro que «la condición establecida en el convenio no sólo es, como señala la sentencia de instancia, claramente abusiva porque



común acuerdo, con la empresa exclusivamente para el ejercicio recientemente finalizado. En este sentido, y una vez percibida, saldada y liquidada por todos los conceptos y de manera definitiva la retribución variable por objetivos 2008, ésta no se incluirá en el salario regulador a efectos del cómputo de posibles indemnizaciones legales o pactadas, inclusive para el caso de tratarse de un despido calificado como improcedente, conforme a lo expuesto en el anterior párrafo anterior».

29 En la misma línea, STSJ Cataluña de 24-10-2013 (JUR\2013\358527).

puede dejar el cumplimiento de la obligación en manos de una sola de las partes, teniendo en cuenta, además, la indeterminación del momento del pago (durante el primer cuatrimestre del año siguiente al de su devengo) y por que puede provocar el enriquecimiento injusto de la empresa que ya ha percibido el trabajo convenido pero se exime de pagar el complemento pactado en el convenio. La cláusula es, además, directamente ilegal porque contraviene el art. 4.2.f) ET que reconoce y garantiza el derecho del trabajador a la percepción de la remuneración pactada o legalmente establecida, derecho absoluto y básico del trabajador, y como tal, de carácter incondicionado que no puede quedar sujeto a ninguna circunstancia impeditiva de su cobro, una vez ha sido devengado».

En definitiva, si el trabajador ha permanecido de alta durante el periodo de devengo, tendrá derecho al cobro del variable, esté o no esté en la empresa en el momento en que se abone. E incluso, en el caso de que haya causado baja durante el periodo de devengo, siempre que dicha baja no fuera de carácter voluntario, tendrá derecho a la parte proporcional devengada durante el periodo trabajado como si se tratara de una paga extraordinaria más. Los pronunciamientos anteriores ponen en cuestión el papel de la autonomía de la voluntad en esta materia y, por extensión, la remisión que efectúa el art. 26.3 ET a la negociación colectiva o al contrato individual de trabajo para fijar los complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa «que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacte».

## 5. NUEVAS FORMULACIONES PARA NUEVAS REALIDADES: EL «PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA» EN EL ESTABLECIMIENTO DE SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE

Dentro de las plurales funciones que pueden cumplir los principios una es la constructiva. Se trata de una función limitada al puro ámbito doctrinal y se sostiene en la idea de que nuestro saber se ejerce por medio de una red de reglas que nos permite clasificar, deducir, e, incluso, transformar la realidad. En este plano, los principios actúan como estructuras mentales que permiten la sistematización de la materia jurídica, lo que permite alumbrar nuevos principios<sup>30</sup>. Podría, en este sentido, hablarse de unos nuevos principios aplicables al ámbito de la retribución variable, el que podríamos calificar de

.....

30 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, Ceura, 1990, p. 112.

«principio de objetividad» y de «principio de transparencia». El principio de objetividad se encontraría dotado de distintas dimensiones o elementos que se proyectarían sobre las exigencias vinculadas con el propio diseño de todo modelo de retribución variable. De este modo, requeriría que se cumpliera con las exigencias de idoneidad; reciprocidad de intereses; objetividad en la determinación de los criterios de variabilidad; proporcionalidad en el devengo y reparto mancomunado. Por su parte, el «principio de transparencia e información» se opone a ideas como la «no comprensión» o «desconocimiento» y, en último extremo, a la «opacidad»<sup>31</sup>.

## 5.1 Las dimensiones del principio de transparencia

### 5.1.1. Idoneidad del sistema de retribución variable

Como afirma la STS 25 de marzo de 2014 (RJ 2228), el establecimiento de las condiciones retributivas variables no escapa al juicio de idoneidad. El citado pronunciamiento analiza si la fijación empresarial con carácter anual de los objetivos conforme se pactó en los contratos de trabajo individuales, exige el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo contemplado en el art. 41 ET. La Sentencia concluye que no se trata de una modificación sustancial por diversos motivos: en primer lugar, los objetivos se han venido fijando anualmente por la empresa, sin que constara protesta alguna de los afectados, a pesar de que dichos objetivos variaban de año a año. Tampoco había establecida fórmula de fijación anual que permitiera la intervención de los representantes de los trabajadores, ni existía un sistema mediante el cual se establecieran unas bases para su determinación que posibilitara un concreto control de su cumplimiento. En segundo lugar, con apoyo en la doctrina contenida en la citada STS 7 de julio de 2010, se descarta que el régimen de retribución variable constituya una condición más beneficiosa, por cuanto no trae causa en una decisión unilateral empresarial, sino en los contratos de trabajo que otorgaron a la empresa la potestad de fijar anualmente los objetivos. Finalmente, la Sentencia consideró probado que los objetivos previstos por la empresa no podían considerarse inalcanzables por los trabajadores o que hubiesen sido fijados de modo irrazonable, inidóneo, arbitrario, desproporcionado o con vulneración de la dignidad o de los derechos fundamentales de los afectados, ya que eran similares a los fijados en las anualidades anteriores.

De este modo, el citado pronunciamiento establece un primer criterio de control en la construcción del principio de transparencia: la idoneidad del sistema de retribución varia-

.....

31 CARCOVA, C. M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 21.

ble. Tal criterio se materializa en la prohibición de retribuciones variables que incorporen criterios inalcanzables por los trabajadores o que hubiesen sido fijados de modo irrazonable, no idóneo, arbitrario, desproporcionado o con vulneración de la dignidad o de los derechos fundamentales de los afectados.

Por ello, quedan excluidos los comportamientos ausentes de razón por derivar de una voluntad humana caprichosa o inmotivada (arbitrariedad) o por actuar prescindiendo por completo de la razón (irracionalidad) que caracteriza a los seres humanos al venir movidos por impulsos humanos ciegos como el miedo, la cólera, la venganza y, sobre todo, el error. Igualmente, se excluyen los factores de vejación. Tal criterio se acerca al de discriminación hasta prácticamente confundirse con él, dado que existirán más posibilidades de vejación cuando el criterio de discriminación es inmodificable o muy difícilmente modificable por el sujeto afectado. Tienden a ser vejatorias las discriminaciones que se basan en circunstancias utilizadas históricamente para determinar el *status jurídico* de las personas<sup>32</sup>. Fuera de las anteriores situaciones, los particulares pueden tratar de forma distinta a otros particulares a la hora de mantener, genéricamente, relaciones con ellos. Esta afirmación es coherente con un sistema de Derecho privado en el que rige el principio de la no necesidad de justificación de las decisiones de la autonomía privada<sup>33</sup>. También quedan excluidos aquellos sistemas manifiestamente irrazonables y fuera del sentido común.

Y, de igual modo, el límite de la autonomía de la voluntad viene marcado por el respeto de la dignidad de todo hombre. La tutela de la dignidad de las personas se fundamenta, probablemente, en lo que se ha calificado como la exigencia de construir una sociedad decente. Una sociedad decente, o una sociedad civilizada cuyos ciudadanos no se humillan unos a otros.

### 5.1.2. *El respeto a la reciprocidad de intereses*

Como ha señalado Matorras, lo singular de las fórmulas de retribución variable es que a través de las mismas «se articula una traslación, necesariamente moderada, del riesgo empresarial en sede retributiva, configurándose una *esfera de riesgo compartido*» pero «su versatilidad es limitada, sin que puedan diseñarse, modificarse o retirarse libremente y a capricho o en función de la pura conveniencia o comodidad empresarial»<sup>34</sup>. La interpretación judicial ha actuado, por ello, como muro de contención de los excesos empresariales que se han producido en esta materia. Ciertamente, la determinación de estos sistemas de retribución, bien por vía de la autonomía individual, bien a través de la unilateral decisión

32 ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada y derechos fundamentales*, ADC, 1992, p. 118.

33 ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, cit., p. 120.

34 MATORRAS, A., *La retribución variable: su potencial flexibilizador*, cit.

empresarial, ha servido para extender el terreno de la discrecionalidad empresarial lo que ha obligado a nuestros tribunales a fijar sus límites y extensión.

Sobre la base del recurso art. 1256 CC, en relación con el art. 1115 CC, se ha consolidado un cuerpo de doctrina que limita severamente las facultades empresariales en esta materia. Aunque el citado art. 1256 CC no es una norma en sentido técnico, sino un precepto general y abstracto que puede servir al juzgador para defender conceptos como la validez y el cumplimiento de los contratos, resultando más bien una norma general, un criterio de interpretación de los contratos, lo cierto es que la doctrina judicial a la que nos referimos lo ha convertido en un cuasi principio que limita el arbitrario actuar de una de las partes en el terreno contractual, configurándose una técnica que evita cualquier potencial abuso grave efectuado por una de las partes en la celebración o ejecución del contrato.

Ciertamente, aunque en su determinación o nacimiento es lógico que esté la voluntad empresarial, y su fijación resultara unilateral, este carácter no debe confundirse con un campo abonado a la arbitrariedad por parte del empleador a la hora de fijar los términos y condiciones de su efectividad, pues, una vez que aflora el mismo, se constituye en prestación y, por tanto, con efectos jurídicos dentro de las reglas fijadas para las obligaciones, las prestaciones recíprocas y, en términos generales, el contrato de trabajo. Se objetivan los elementos del devengo, de manera que este sujeto debe conocer en todo momento cuáles son los parámetros, módulos o criterios específicos para percibir su retribución, sin que pueda ser arbitrariamente determinada desde entonces por el empresario, y de aquí el que sean exigibles todas las medidas y garantías para controlar la satisfacción del bonus, e igualmente el cumplimiento por parte del trabajador de los criterios establecidos para su satisfacción.

Los pronunciamientos habidos hasta la fecha han subrayado con claridad que se encuentran prohibidas aquellas cláusulas contractuales o situaciones de hecho en las que las condiciones de abono del bonus quedan condicionadas a la exclusiva decisión empresarial. La regla general contenida en el art. 1256 CC aparece particularizada, cuando de condiciones se trata, en el art. 1115 CC, que sanciona la nulidad de la obligación sujeta a una condición cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor. La propia literalidad de ambas normas – «arbitrio» en un caso, «exclusiva voluntad» en otro–, unida a la gravedad de las sanciones ha dado lugar a una interpretación restrictiva de las mismas y la habitual distinción entre la condición puramente potestativa, basada en la pura arbitrariedad, y la simplemente potestativa, en la que han de valorarse otros intereses. Aunque en el orden civil raramente se aprecia la existencia de las primeras, lo cierto es que la jurisprudencia social ha utilizado en numerosas ocasiones el recurso a este instrumento para limitar las facultades empresariales en esta materia.

De este modo, en aquellos supuestos en los que, acordada una determinada retribución por objetivos a fijar por la empresa, no se concrete cuáles ni de qué naturaleza son los ob-

jetivos, deben considerarse nulas de pleno derecho. Tal es el caso sobre el que conoció la STS 14 de noviembre de 2007 (R° 616/2007). En la misma, en el contrato suscrito al efecto, además de establecer la retribución total anual, las partes pactaron la cláusula adicional siguiente: «como complemento a la retribución pactada, el trabajador, podrá acceder a un incentivo variable en función del grado de consecución de los objetivos que anualmente puedan llegar a fijar las partes tanto en términos como cuantías. A estos efectos y para el corriente año 2003, se fija que dicho complemento variable podrá alcanzar la cantidad de 24.000 euros brutos». La sentencia señala, en este caso: «cuando los objetivos de los que dependía la percepción del complemento no se conoce si eran los que había de alcanzar cada trabajador o los objetivos fijados para la empresa en su conjunto, permite interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, contrariando lo prohibido por el art. 1256 CC, y por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado, y por lo tanto exigible en la cuantía prometida».

A los anteriores argumentos cabe unir la doctrina constante del Tribunal Supremo según la cual, ante la falta de claridad y de desarrollo posterior, este tipo de cláusulas no pueden sino interpretarse en el sentido más adecuado para que las mismas puedan causar efecto (art. 1284 CC) y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa (art. 1288 CC). Dicha doctrina puede hallarse en las SSTS 19 de noviembre de 2001 (R° 3083/2000), 14 de noviembre de 2007 (R° 616/2007), pero se ha venido reiterando en otras posteriores como argumento complementario del recién analizado relativo a la prohibición de cláusulas rigurosamente potestativas.

Así, la STS 15 de diciembre de 2011 (R° 1203/11) ha señalado: «En tales condiciones el hecho de que el contrato establezca que el trabajador podrá acceder a un incentivo condicionándolo a la fijación de los objetivos por la empresa, utilizando una terminología –el «bonus»– que en el argot empresarial es conocido por su fijación unilateral por el empresario, y cuando los objetivos de los que dependía la percepción del complemento no se conoce si eran los que había de alcanzar cada trabajador o los objetivos fijados para la empresa en su conjunto, permite interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes contrariando lo prohibido por el art. 1256 CC, y por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado, y por lo tanto exigible en la cuantía prometida. En cualquier caso, como señala el recurrente, se trata de un pacto que, ante su falta de claridad y su falta de desarrollo posterior por no haberlo ni siquiera intentado la empresa, no pueden sino interpretarse en el sentido más adecuado para que los mismos puedan causar efecto – art. 1284 CC – y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa – art. 1288 CC –». En la misma línea se sitúa la STS 9 de julio de 2013 (R° 1219/2012).

### *5.1.3. La objetividad de los criterios de determinación*

Como ha subrayado la STSJ País Vasco 7 de octubre de 2008 (R° 1772/2008), «toda retribución salarial parte de un criterio objetivo tanto en su importe o devengo como en las condiciones de su generación, pues en otro caso el salario quedaría incluido en un arcano imposible de descifrar, en que la voluntad del empleador se constituiría en única definidora de su importe y devengo, privando al contrato de su bilateralidad, y del mismo equilibrio que toda prestación exige».

La objetividad en el establecimiento de estos sistemas ha sido reiteradamente confirmada por numerosos pronunciamientos. Así, la SAN 23 de octubre de 2002 (R° 42/2002) estableció como principio básico la objetividad de la evaluación. A tal efecto, señala que tal evaluación no debe entenderse de naturaleza «subjetiva», dependiente del libre albedrío patronal, en contraste pues con la valoración «objetiva» que supone la fijación de objetivos. Tal como indica el acuerdo, la evaluación del desempeño «se hará en cada caso, a través de la información anual emitida por el superior jerárquico, mediante el modelo de informe y con los criterios elaborados por el Área de Recursos Humanos».

Se trata, pues, de una evaluación objetiva, aunque no parta de elementos tan objetivables o cuantificables como los que sustentan los objetivos. El citado pronunciamiento, confirmado posteriormente por la STS 7 de octubre de 2003 (RJ 2003\8575), dice literalmente que «en el supuesto del desempeño, los criterios no pueden estar saturados en su formulación inicial pues la valoración exige una particularización que solo a través del informe del superior jerárquico –a través del conocimiento que da el contacto profesional directo– puede colmarse. La valoración en un caso es monádica, en cuanto se trata simplemente de subsumir una actividad medible en un programa de medición; pero en el otro, en el desempeño, la actividad no puede ser objeto de una valoración mecánica pues los criterios genéricos fijados por el Área de Recursos Humanos deben completarse con los criterios específicos, concretas, del superior jerárquico». La doctrina de suplicación también ha subrayado la exigencia de una previa determinación de las condiciones en las que se realiza la evaluación. Ejemplo de ello es la STSJ Navarra 11 de junio de 2008 (R° 127/2008).

Otro ejemplo podemos encontrar en la ya citada STSJ País Vasco 7 de octubre de 2008, (R° 1772/2008). En la misma se planteaba el supuesto de la determinación de un bonus unilateralmente establecido por la empresa y que tomaba en cuenta para su valoración criterios tales como su disponibilidad ante las necesidades puntuales de la empresa; innovación y aportación de experiencias profesionales contrastadas; fidelidad y confidencialidad de acuerdo con las normas deontológicas profesionales y las que priman en la Compañía; dedicación a la compañía y lealtad; formación continua, inquietud profesional y aprovechamiento adecuado de los medios facilitados; Investigación y aportación de ideas. El

abono del citado bonus fue negado por la empresa basándose en la poca colaboración con la empresa, negativa a viajar y falta de respeto continuo hacia su inmediato superior. Por el contrario, se valoraba positivamente el resultado respecto al trabajo, como es fidelidad y confidencialidad, actitud positiva con los pacientes y satisfacción de éstos. Señala el citado pronunciamiento que de los anteriores criterios pudiera deducirse que estamos ante criterios objetivos, «pero los mismos no son tales, sino una especie de valoración personalizada de la propia subjetividad del actor, que escapa de los que pudieran ser criterios objetivos, e incluso nos introducen en una serie de consideraciones que difícilmente el trabajador puede rebatir de forma efectiva, no solo porque dicha evaluación realmente constituye un elemento documentado exclusivamente dentro de la empresa (la sentencia alude a su conocimiento, pero ninguna documental respecto a su fijación concreta consta), sino también porque está evaluando una serie de actitudes sin referencia a resultados, y los únicos que constan son positivos para el trabajador».

#### *5.1.4. Proporcionalidad en su devengo y reparto mancomunado*

Finalizada la relación laboral antes del cumplimiento de los objetivos existe doctrina consolidada del Tribunal Supremo aplicando el principio de proporcionalidad, tanto si la extinción se produce por voluntad del trabajador, como por voluntad de la empresa.

Si se produce la extinción por voluntad del trabajador, no existe obligación contractual que exija al trabajador permanecer en la empresa hasta el devengo de los objetivos pero, por otra, es el trabajador el que abandona la empresa voluntariamente sin cumplirlos. A este respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de mayo de 2009 (R<sup>o</sup> 1702/2008), ha entendido que cabe el abono proporcional del bonus conforme a la proporción de objetivos logrados. En el caso, una trabajadora había causado baja voluntaria en la empresa y reclamaba la retribución variable correspondiente a los ocho primeros meses del año. En el contrato de trabajo se había pactado la cantidad de doce mil euros anuales en concepto de variable, que se satisfacerían en función del cumplimiento de los objetivos fijados por la empresa. Era ésta la que debía establecer el objetivo a lograr y el sistema de cuantificación del variable en función del grado de la consecución del objetivo. Además, se pactó por las partes que, durante el primer año de vigencia del contrato, la retribución variable se fijaría en proporción al tiempo trabajado. Respecto del período al que se refiere la reclamación del variable, el objetivo fijado a la actora sólo fue cumplido en un 90,54%, pero ésta reclama el abono proporcional al tiempo trabajado y a los logros conseguidos, a pesar de no haberse alcanzado de forma íntegra el objetivo.

Literalmente, el TS razona como sigue: «(...) la propia denominación del complemento retributivo, bono o retribución variable, indica de salida que ese complemento tiene una

cuantía variable, lo que evidencia que su devengo no requiere el cumplimiento íntegro de los objetivos, sino que es posible su cobro en proporción (variable) a los objetivos conseguidos, por cuánto en otro caso, se hablaría de bono (fijo) por consecución de objetivos(...) Al decirse que la retribución variable «se satisfará en función del cumplimiento de los objetivos fijados» se está indicando que la intención de las partes es que el logro total o parcial del objetivo o meta establecidos determine la cuantía del complemento variable que se establece en función del logro obtenido, ya que en otro caso no se diría que el complemento es variable, ni que el mismo se satisface en atención a los objetivos cumplidos (...) al disponer que en el primer año de servicio la cuantía del complemento variable se fijaría en proporción al tiempo trabajado, nos muestra que fue la intención de los contratantes que el bono se devengara en proporción a los objetivos conseguidos cada año».

Si se produce la extinción por voluntad de la empresa, nos encontramos en el caso contrario, es decir, aquí es la voluntad de la empresa la que impide el cumplimiento de los objetivos mediante la extinción del contrato del trabajador. Por esta razón, se ha considerado aplicable el art. 1119 CC por el que «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento». No obstante, el Tribunal Supremo considera que procede su abono proporcional a los objetivos cumplidos en el momento de la extinción. El Tribunal llega a esta conclusión dado que entiende que aceptar el devengo total del bonus implicaría un enriquecimiento injusto del trabajador, y por tanto, establece su proporcionalidad.

En la STS 5 de abril de 2010 (Rº 606/2009), el Tribunal Supremo resuelve en este caso un supuesto en el que dos trabajadores prestaron servicios por cuenta de una sociedad hasta su cese en mayo de 2004 por causas objetivas, habiéndose declarado la procedencia del despido. Su retribución se componía de una parte fija y otra variable, esta última en función de objetivos que se abonaban en la nómina de septiembre según el nivel alcanzado en cada año fiscal, asignándose en julio de cada año. En los años 2003 y 2004 no se señalaron objetivos, pero los actores reclamaron las cantidades correspondientes a la retribución variable de ese período en proporción al tiempo de servicios prestados. Asimismo, reclamaron el derecho a ejercitar las opciones sobre acciones del plan de la empresa. La cuestión consiste en determinar – según el Tribunal Supremo– si la retribución variable (o bonus variable) requiere para su devengo el cumplimiento total de los objetivos estipulados o si es posible su devengo en proporción a los objetivos logrados, concluyendo que «a la vista del relato histórico (...) la práctica era la de no supeditar el pago del bonus a la consecución total de los objetivos prefijados sino al alcance obtenido y no existe razón para diferenciar ese supuesto del acortamiento en el ejercicio anual durante el cual debe conseguirse, por lo que la doctrina aplicable deberá ser coincidente por la observada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2009 (Rº1702/2008)».

En el caso de las retribuciones variables se plantea frecuentemente la cuestión de si dicha retribución se devenga por alcanzar colectivamente un objetivo global, con independencia del tiempo de trabajo realizado efectivamente.

La controversia jurídica planteada ha sido ya resuelta por las SSTS 5 de octubre de 2010 (Rº 243/2009) y en la de 10 de noviembre de 2010 (Rº 222/2009), cuya doctrina es reiterada por la STS 7 de diciembre de 2011 (Rº 219/2011). En términos de la primera de las sentencias, el carácter colectivo del cumplimiento de los objetivos determina que si todos los trabajadores participan en la consecución de los objetivos es obvio que «también habrán de participar en el reparto..., quienes, aún con sus contratos suspendidos por imperativo del art. 45.1.c) ET, asimismo fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir». Este razonamiento se reitera por la STS 10 de noviembre de 2010 cuando establece que estamos ante un complemento salarial por resultados, cuyo devengo es propiamente colectivo, alcanzándose, mediante los esfuerzos mancomunados de todos los trabajadores de la empresa, «colectivamente los objetivos propuestos, de manera que, si se alcanzan los objetivos, deberán repartirse mancomunadamente entre todos los trabajadores, sin que sea exigible ningún tipo de distinción en función de tiempo de trabajo o de resultados concretos». Por otra parte, la sentencias dan respuesta al argumento de la empresa cuando precisa que tampoco se ha infringido el art. 45.2 ET que establece la exoneración de las obligaciones de trabajar y de remunerar cuando el contrato está en suspenso por incapacidad temporal, porque «dicha exoneración no implica ninguna prohibición de establecer determinadas remuneraciones pactadas colectivamente..., cuya naturaleza de contraprestación económica en el marco de una relación laboral está fuera de toda duda, como lo está la remuneración de las vacaciones, pese a que, ni en uno ni en otro caso, se realiza la prestación laboral por el trabajador».

La anterior doctrina puede proyectarse también sobre los supuestos de reducción de jornada, como lo hace la STSJ Madrid de 24 de junio de 2015 (JUR 2015\274338), al concluir que «en el supuesto de autos la retribución variable o «bonus» no se fija en proporción a la jornada que realiza la trabajadora, sino que se basa en la consecución de resultados colectivos e individuales, lo que lleva consigo que deba rechazarse que la retribución por ese concepto deba sufrir una disminución durante el periodo en el que la trabajadora tuvo una reducción horaria por guarda de menor».

Igualmente, en el caso de objetivos individuales, como en el caso que resuelve la STS 16 de septiembre de 2015 (Rº 262/2014), en ella se discutía si resultaba posible devengar proporcionalmente al tiempo trabajado la retribución variable por horas de vuelo a los trabajadores con jornada reducida voluntaria y a los trabajadores a tiempo parcial, cuestionándose si la exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada, que

no presten servicios durante el mes completo, pugna con la naturaleza del derecho y les penaliza injustificada y desproporcionadamente con respecto a otros colectivos de trabajadores. El Tribunal Supremo coincide con tal apreciación y concluye que la simple lectura del precepto convencional aplicable «no permite excluir el abono de la parte proporcional correspondiente a quienes, por pertenecer a colectivos que no tienen obligación de efectuar una jornada completa o a los que no tienen por qué prestar servicios el mes completo, difícilmente superarían ese tope de las 65 horas de vuelo, resultando perfectamente razonable reconocer ese concepto retributivo variable, en la parte proporcional al tiempo trabajado, tal como nos explica muy convincentemente la Sala de instancia, en aplicación de la regla general del art. 15.6 ET, en concordancia con el principio de igualdad del art. 14 CE y de la Directiva 1999/70 (...)».

## **5.2 El alcance del «principio de transparencia e información»: La exigencia de conocimiento y aceptación por el trabajador de los sistemas de retribución variable**

El «principio de transparencia» constituye un valor fundamental en el establecimiento de los planes, programas o reglamentaciones internas que incorporan sistemas de retribución variable. En estos casos, el dominio empresarial sobre la creación de los sistemas ligados a resultados es claro; por ello, numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, algunos de ellos emanados del propio Tribunal Supremo, han fijado límites estrictos al poder de configuración empresarial.

Las limitaciones a las que se encuentra sometido el poder unilateral del empresario han sido precisadas por la jurisprudencia, que ha venido a subrayar la necesidad de un expreso consentimiento del trabajador a la hora de incorporar a su acervo contractual este tipo de sistemas. Paradigmática es, en esta dirección, la STS 8 de octubre de 2008 (Rº 582/08. En el supuesto enjuiciado, existía en la empresa una normativa interna conocida por todos los empleados y también por el actor, referente a la retribución variable (Sistema de Evaluación del Desempeño SED) donde se detallaban sus objetivos, contenido y sistema de devengo. Dicho pronunciamiento, con el antecedente de la STS 23 de noviembre de 2006, analiza el valor jurídico de las Circulares internas sobre retribución variable concluyendo que las mismas carecen de eficacia obligatoria «cuando no se ha contado con el acuerdo de los trabajadores; debiendo distinguirse entre las normas empresariales en orden a la organización de la empresa, como instrumento de dirección y control, que tienen validez para obligar a los trabajadores, de aquellas que exceden de tales facultades, como es el cumplimiento del pago del salario pactado, cuyo pago no puede obviarse por medio de una declaración unilateral de voluntad de la empresa».

Correlato natural de esta línea interpretativa es la STSJ Madrid 24-3-2011 (JUR 2011\166283), en la que, precisamente, el conocimiento y aceptación por el trabajador de las condiciones del bonus se convierten en presupuestos de su validez. En el concreto supuesto litigioso, la Sala considera que no nos encontramos en presencia de un complemento variable en función del grado de consecución de una serie de objetivos (en el caso, una remuneración variable de un máximo de 40.000 euros, formada por un 30% por consecución de objetivos a nivel de su vertical de negocio, 30% por consecución de objetivos a nivel de empresa, un 15% por consecución de objetivos a nivel de venta cruzada y un 25% a discreción de la dirección de la empresa) no establecidos por la empresa, «sino que tales objetivos o al menos los presupuestos a los que antes aludíamos, sí fueron fijados por la empresa y además comunicados al actor», por lo que tales condiciones resultan conformes a derecho.

**JESÚS R. MERCADER UGUINA**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*de la Universidad Carlos III de Madrid*

*jmercade@der-pr.uc3m.es*

# LA REMUNERACIÓN DEL TRABAJADOR EN ACCIONES O VINCULADA AL PRECIO DE LAS ACCIONES

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción: 01/03/2016

Fecha de aceptación: 30/03/2016

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NATURALEZA LABORAL Y SALARIAL DE LAS FÓRMULAS QUE VINCULAN COMPENSACIÓN Y PRECIO DE LAS ACCIONES. 2.1 Pactos de «tagalong» y naturaleza laboral de los correspondientes derechos. 2.1.1 El caso Lanetro. 2.1.2 El caso Sitecsa. 2.2 Opciones sobre acciones, acciones restringidas y unidades de acciones restringidas. 2.3 Cuestionamiento de la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones. 2.4 Contratos de aseguramiento frente al riesgo de cotización a la baja. 3. EL DERECHO A LA REMUNERACIÓN VINCULADA AL PRECIO DE LA ACCIÓN Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. 4. REMUNERACIÓN VINCULADA AL PRECIO DE LA ACCIÓN Y SALARIO REGULADOR DE LAS INDEMNIZACIONES EXTINTIVAS. 5. LOS ASPECTOS TRANSNACIONALES DE LA REMUNERACIÓN VINCULADA AL PRECIO DE LA ACCIÓN.

**RESUMEN:** La remuneración vinculada a acciones se utiliza por las empresas con finalidades de atracción, retención y motivación de los trabajadores. El artículo analiza los problemas jurídicos laborales que suscitan diversas fórmulas que vinculan compensación y precio de las acciones. De este modo, el trabajo analiza su naturaleza jurídica, su impacto en la indemnización por extinción de contrato, la dinámica del derecho y los aspectos transnacionales derivados de que el plan se diseñe y origine bajo una ley distinta a la aplicable a la relación laboral.

**ABSTRACT:** Stock based compensation is used by employers with a view to attracting, retaining and motivating employees. The article explores the employment law issues raised by the variety of types of compensation based on the price of shares. Thus, the study analyses their legal nature, their impact on severance compensation, the dynamics of their right and the cross-border aspects caused by the plan being devised and formulated under a law other than the law applicable to the employment relationship.

**PALABRAS CLAVE:** Retribución laboral, opciones sobre acciones, planes de remuneración basados en acciones, «tagalong», trabajador, despido, ley aplicable.

**KEYWORDS:** Employee compensation, stock options, stock-based compensation plans, tagalong, employee, dismissal, law applicable.

## 1. INTRODUCCIÓN

En España, en las dos últimas décadas, la remuneración del trabajo por cuenta ajena en forma de acciones y de opciones sobre acciones viene generando un apreciable volumen de litigios en la jurisdicción social. El tema arranca a partir del momento en que, como advirtió la doctrina más atenta<sup>1</sup>, el «clásico instrumento» del «accionariado obrero, salarial o popular» adquiere una «nueva dimensión»<sup>2</sup>, en forma de «opciones sobre acciones», «obligaciones convertibles en acciones», o «acciones por rendimiento», en un proceso calificado como de «democratización»<sup>3</sup> de una serie de instrumentos retributivos hasta entonces muy limitados a consejeros, administradores o altos directivos. Esa «democratización» o extensión a capas laborales más amplias provoca enseguida un incremento de la litigiosidad y, probablemente, acaba causando la «salarización» de las ganancias derivadas de las opciones. Todo ello tiene lugar en el entorno del cambio de siglo, momento a partir del cual las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales permiten ir asentando los criterios de solución de los distintos problemas que se suscitan.

Pese a la relativa popularidad del tema<sup>4</sup>, la remuneración de los empleados mediante planes de adquisición de acciones de la propia empresa (u otra del grupo) es una práctica claramente minoritaria. En el conjunto de la Unión Europea, tan solo el 5 por 100 de las empresas encuestadas contestan «sí» a la pregunta de si ofrecen remuneración variable en forma de planes de adquisición de acciones. Es cierto que el porcentaje escala hasta el 14 por 100 cuando se trata de empresas con más de 250 empleados. España parece ubicarse rigurosamente en la media de la Unión, ofreciendo exactamente los mismos porcentajes en ambos casos<sup>5</sup>.

Hablar de retribución en forma de acciones y de opciones sobre acciones es tratar de una serie de fórmulas retributivas muy heterogéneas cuyo único elemento en común es



1 El trabajo pionero que da cuenta de esta transformación en la práctica retributiva española es MERCADER UGUINA, J. R., *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 208-218.

2 MERCADER UGUINA, J. R., *cit.*, p. 211.

3 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Implicaciones laborales de las stock options», *Actualidad Laboral*, tomo I, 2001.

4 Popularidad, incluso, en su sentido más estricto, llegándose a hablar de que, a partir de finales de 1999, se desata en España «un importante debate social sobre los planes de «stock options» de Telefónica» (DESDENTADO BONETE, A.; LIMÓN LUQUE, M. A., «Las stock options como retribución laboral. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5/2002).

5 Los datos son de 3rd European Company Survey (ECS), una encuesta que administra Eurofound y que puede consultarse en su página web.

su vinculación a un objeto tan singular como es la acción, que en último término remite a la propiedad de la sociedad o empresa. Esta vinculación ni siquiera tiene que ser directa y real, al existir fórmulas remuneratorias que se vinculan no tanto con la acción misma cuanto con su precio o valor de mercado («phantom stock», etc.; «incentivos consistentes en la liquidación de diferencias»<sup>6</sup>). La doble naturaleza de la acción –en cuanto valor mobiliario y en cuanto título que confiere la condición de socio– y su relativamente alta liquidez, se pone de relieve, así, en la medida en que determinadas fórmulas remuneratorias pueden aludir exclusivamente a una sola de esas facetas –la de valor mobiliario– o tomar en consideración tan solo el precio de cotización de la acción. Las razones para preferir fórmulas remuneratorias de este último tipo, en las que la acción no opera más que como un valor subyacente, son variadas. Como resumen perfectamente García-Perrote y Mercader, estas fórmulas alternativas «tienen la ventaja de que no hay dilución del capital social ni se da entrada en este a nuevos accionistas, lo que puede resultar relevante en empresas de pequeña dimensión, cuyo capital social está muy concentrado o, simplemente, no cotizadas. Del mismo modo, la implantación de un sistema de este tipo es mucho más sencilla, ya que no requiere ningún tipo de operación societaria (ampliación de capital, compra para autocartera, etc.) ni está sujeta a particulares requisitos regulatorios»<sup>7</sup>.

Como cabía esperar, las finalidades de estas heterogéneas fórmulas remuneratorias son igualmente variadas. En unos casos, puede tratarse de fomentar la participación de los trabajadores en el accionariado; en otros, la fórmula podrá pretender encaminar el esfuerzo laboral del trabajador a la elevación del precio de cotización, en plazos no necesariamente largos. En los primeros casos, el correspondiente plan de remuneración buscará que el trabajador adquiera acciones y las mantenga, incorporando así a la fórmula la doble naturaleza, económica y política, de la acción. En los segundos, en cambio, lo importante no es la condición de socio, sino la creación de valor en la sociedad, medida estrictamente por el precio de cotización de la acción.

Cabría, de este modo, clasificar tan heterogénea materia atendiendo a si la acción es el objeto directa y realmente entregado –remuneración en acciones propiamente dicha– o si lo que pesa más en la fórmula es la «evolución» del precio de la acción, con lo que se trataría más bien de una remuneración vinculada a dicha evolución. Resulta evidente, sin embargo, que lo realmente distintivo es si, en el primer caso, la acción entregada debe mantenerse un tiempo, vinculando al trabajador como socio –con todo lo que ello supon-

6 Este último entrecomillado, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., «La integración de las retribuciones variables e irregulares en el salario regulador de las indemnizaciones legales por despido», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2005.

7 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., «Formas virtuales de participación en el capital de la empresa: implicaciones laborales de los sistemas alternativos a la entrega de acciones u opciones», *Revista de Información Laboral*, núm. 6, 2015.

ga desde la perspectiva psicológica, desde la de la cultura corporativa, desde la de la implicación de los trabajadores, etc.–, o si, por el contrario, puede venderse inmediatamente. Y es que, en esta última hipótesis, la entrega de la acción no deja de traducirse en una remuneración ligada a la evolución de su precio, y de ahí su calificación jurisprudencial reiterada como salario en metálico.

En coherencia con el objeto de este número monográfico sobre retribución variable, el contenido del presente trabajo se nutre más de la vertiente remuneratoria que atiende finalmente al precio de la acción, antes que del plano dominical o participativo que un programa de entrega de acciones pueda tener. No se ocupa, por tanto, el presente trabajo de la integración de los trabajadores en la estructura societaria, ni de los derechos de voto y demás derechos políticos que confiere la condición de socio, ni lógicamente tampoco de las implicaciones que ello tiene en el gobierno de la sociedad<sup>8</sup>.

El hecho de que una empresa ofrezca a sus empleados –normalmente solo a una parte de ellos– remuneración vinculada a la evolución del precio de la acción suele responder a objetivos empresariales de atracción, motivación y retención del empleado. Se trata de mecanismos de remuneración que resultan espectaculares –y por tanto atractivos– en las «empresas con gran potencial de crecimiento» («growthcompanies»), empresas de las que se espera un crecimiento en ventas y beneficios a tasas que se hallan muy por encima de los ratios habituales del conjunto de la economía. También desde la perspectiva del empleado, resulta especialmente interesante una remuneración vinculada al incremento de precio de la acción en las empresas que aparentemente se encuentran infravaloradas por el mercado en un momento determinado, y que por ello mismo tienen un potencial bursátil al alza («value stocks»). No hay que olvidar, además, que los planes de retribución basados en acciones a medio o largo plazo se cohonestan con estrategias empresariales en idénticos plazos, de modo que para la empresa se produce un ahorro de costes laborales en el corto plazo.

La remuneración vinculada a la evolución del precio de la acción pretende encaminar el esfuerzo laboral del trabajador hacia la consecución de objetivos que se hallan alineados con los de los propietarios de la empresa, mediante la creación de valor que tenga reflejo en la apreciación de la acción. Además, al tratarse normalmente de planes o programas de remuneración de medio plazo, promueven la permanencia de los trabajadores a los que se ofrece, cumpliéndose así el doble objetivo de incentivar la productividad y de retener el talento.

Precisamente, una buena parte de los problemas jurídicos que suscitan estos planes de remuneración guarda relación con estos dos importantes factores: incentivo y retención.

.....

8 Puede verse NIETO ROJAS, P., *La participación financiera de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

El primero de ellos ha servido, sobre todo, para sostener, con acierto, la naturaleza salarial de las percepciones vinculadas a la evolución del precio de la acción. El segundo factor ha operado como fundamento de múltiples decisiones en torno a la relación entre la extinción del contrato laboral y el derecho a este tipo de remuneración.

## 2. LA NATURALEZA LABORAL Y SALARIAL DE LAS FÓRMULAS QUE VINCULAN COMPENSACIÓN Y PRECIO DE LAS ACCIONES

**E**l problema de la naturaleza laboral, y luego salarial o extrasalarial, de las opciones sobre acciones o de la entrega de acciones o de otros pactos, estipulaciones o ventajas vinculados a acciones o a la evolución del precio de la acción, debe resolverse atendiendo a su concreta finalidad. Para ello, a su vez, hay que estar no solo a las declaraciones de las partes, sino sobre todo al contenido obligacional de lo pactado y a su desarrollo aplicativo real.

La primera cuestión que debe despejarse es la naturaleza laboral de estos pactos. Para poder concluir que la naturaleza del pacto es laboral debe ser posible identificar una finalidad que lo vincule con la relación laboral, sea con la prestación de servicios, con la permanencia del trabajador, con la suspensión o extinción de la relación laboral o con la protección social complementaria del trabajador. Una vez afirmada la naturaleza laboral, podrá entrarse a discutir si la ventaja o beneficio patrimonial es salario o percepción extrasalarial (de naturaleza indemnizatoria, por ejemplo).

Con carácter general, hay aquí un principio que se proyecta con fuerza: la presunción de que lo que el empleador ofrece al trabajador está ligado al contrato de trabajo y, por tanto, salvo que otra cosa se pruebe, remunera el trabajo. Si lo ofrecido está ligado a la relación laboral, quien afirme que no es salario debe probar a qué otra finalidad responde el desplazamiento patrimonial: ¿indemnización extintiva?, ¿protección social complementaria de alguna contingencia?, etc. Difícilmente puede admitirse que en este contexto estemos ante liberalidades, cuando la relación laboral es de intercambio económico, las prestaciones de cada parte son la causa de las de la otra, y rige el principio de no presumir la liberalidad, por no ser ésta «conforme a la normalidad de las cosas»<sup>9</sup>. Como bien apunta Luján Alcaraz, la clave última del problema está en que finalmente hay «que decidir qué méritos o servicios diferentes de su trabajo se remuneran en estos casos»<sup>10</sup>.

9 STS (Sala Civil) 21 junio 2007, núm. 696/2007.

10 LUJÁN ALCARAZ, J., «La participación retributiva de los trabajadores en la empresa», en APARICIO TOVAR, J. (Coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 76.

## **2.1. Pactos de «tagalong» y naturaleza laboral de los correspondientes derechos**

Quizá el ejemplo más ilustrativo del problema de «laboralidad» que suscitan ciertos pactos sea el conocido como «tagalong». Se trata de pactos que hasta el momento han dado lugar a dos litigios laborales resueltos por sendas sentencias de suplicación, una del TSJ Madrid (núm. 551/2011, de 12 de septiembre; caso Lanetro)<sup>11</sup> y otra del TSJ Cataluña (núm. 8356/2012, de 12 diciembre; caso Sitecsa). En el caso Lanetro, el TSJ Madrid declara la incompetencia social y revoca la sentencia de instancia que había estimado la demanda del trabajador. En el caso Sitecsa, en cambio, el TSJ Cataluña estima parcialmente la demanda del trabajador, tras revocar la sentencia de instancia en que el Juzgado se había declarado incompetente y había remitido al demandante a la jurisdicción civil.

### *1.1.1. El caso Lanetro*

El caso Lanetro es realmente complejo. En síntesis, los hechos son:

- El actor fue contratado, en noviembre de 2004, como Director General por Wisdom España. Esta última es una sociedad filial de WisdomEntertainmentSARL, cuyos accionistas mayoritarios, a su vez, son ApaxServices I, SARL (sociedad luxemburguesa vinculada con ApaxPartners España y ApaxPartnersWorldwide LLP), Inova Capital SCR SA, y Grupo Pérez Dolset.
- Por otro lado, WisdomEntertainment es propietaria del 94,31% de LanetroZed SA.
- A instancia del Grupo Apax, y previa negociación con LanetroZed, el actor y su esposa constituyeron una sociedad (Palliser SL), con fecha 23/5/2005, de la que ellos son los dos únicos socios. Se trata de una sociedad sin actividad.
- El actor se comprometió con los socios de Wisdom a permanecer en el cargo de Director General al menos hasta el 31 de octubre de 2007. A cambio de ese pacto de permanencia, con fecha 23/9/2005 los socios mayoritarios de WisdomEntertainment y el actor alcanzan unos acuerdos en virtud de los cuales le entregaban al actor (a través de la sociedad Palliser) un paquete de acciones de capital social de Wisdom, por un porcentaje del 0,7%, si la permanencia del actor se cumplía hasta la fecha pactada 31/10/2007. Esas acciones tenían la particularidad de carecer de liquidez hasta que la empresa no saliera a Bolsa. Como garantía se otorgó un contrato de Préstamo y Opción de Compra, con obligación de devolución antes del 31/10/2009.

.....

11 La del TSJ Madrid fue confirmada por Auto del TS de 12 abril 2012, Rº 3692/2011, que inadmite el recurso de casación unificadora por falta de contradicción.

- El 0,7% de acciones entregadas al actor no podían ser ejecutadas por él mismo, por lo que se les otorgó la naturaleza de lo que se denomina «TagAlong»: se trata del derecho que adquiere el actor a acompañar a cualquiera de los socios del Grupo cuando este decida vender sus acciones, y en las mismas condiciones que ese socio vendedor; es decir que el actor adquiere el derecho a vender su porcentaje de acciones en el momento y en las mismas condiciones que lo haga uno de los socios.
- Igualmente se pactó que si alguna de esas operaciones supusiera una carga fiscal para el actor (a través de Palliser), de más de un 15%, el Grupo de empresas compensaría el exceso de carga fiscal.
- El coste de adquisición de las acciones de Wisdom, que representan el 0,7% del total de su capital social, asciende a 360.000 euros.
- El pacto de TagAlong lo suscriben WisdomEntertainment, ApaxServices I, Grupo Pérez Dolset e Inova Capital SCR.
- El citado pacto se complementa con un Anexo para el caso de la salida a bolsa de LanetroZed SA. Para ello, las partes se comprometieron por unanimidad a llevar a cabo una reorganización societaria, con el fin de que Apax, Inova y los minoritarios de Wisdom se conviertan en accionistas directos de LanetroZed SA.
- En mayo de 2006, la empresa WisdomEntertainment, sus accionistas mayoritarios (ApaxServices I, Inova Capital SCR, Grupo Pérez Dolset) y la sociedad Palliser alcanzan una serie de acuerdos, en los que, tras ponerse de manifiesto que Lanetro, con el apoyo de los accionistas mayoritarios de Wisdom, ha iniciado las gestiones necesarias para salir a bolsa, se decide que el 2 de noviembre de 2006, Wisdom adquirirá de Palliser las acciones que esta tiene en Wisdom para su posterior amortización vía reducción del capital social, y que en contraprestación por ello Wisdom entregará a Palliser las acciones de Lanetro y otros activos que proporcionalmente le correspondan. En estos acuerdos de mayo, se reconoce que Palliser seguirá siendo accionista de Wisdom hasta el 2 de noviembre 2006. Igualmente, se acuerda que Palliser cancelará completamente la deuda que, desde septiembre de 2005, mantiene con Wisdom, por importe de 360.600 euros. Se acuerda, también, que inmediatamente después de su salida de capital social de Wisdom y una vez recibidos todos los activos, el actor y su cónyuge procederán a la disolución y liquidación de Palliser, con entrega a sus socios de tales activos.
- Con fecha 1/6/2006, la empresa LanetroZed SA suscribió un contrato de trabajo con el actor, como Director General de Recursos, sin solución de continuidad con el anterior contrato suscrito con Wisdom España.
- La salida a bolsa de LanetroZed finalmente no se produjo.
- A finales de diciembre de 2006, el actor y su esposa remiten a ApaxServices I un

burofax, por el que se pone de manifiesto que han tenido conocimiento de la venta de acciones por Apax de las que tenía en el Grupo LanetroZed, y ponen de manifiesto que están decididos a ejercitar su derecho de acceso proporcional sobre todas las acciones de LanetroZed, en las mismas condiciones que ha vendido Apax.

–ApaxServices I contesta al actor que dicha sociedad ha vendido sus acciones de LanetroZed a WisdomSpain, y añade que esa venta «(...) no puede calificarse de evento de liquidez (...) no les otorga ninguno de los supuestos derechos que Udes., incorrectamente alegan tener».

–En conversaciones del actor con el representante de Apax España, este reconoce que no comunicaron al actor la intención de vender las acciones, y le pide disculpas y le ofrece comprarle las acciones, para venderlas a otros compradores, y textualmente le dice que están dispuestos (Apax) a solucionarle el problema y además pagar algunos gastos de abogados «siempre que sean razonables.»

–En junio de 2007, ApaxServices I envía por correo certificado al actor y a la empresa Palliser, así como a LanetroZed SA, un comunicado en el que les ofrece la venta de sus activos a Plan Corporación SL. (Planeta), pues al parecer Planeta todavía está interesada en comprar sus activos restantes en las condiciones que manifiestan que están dispuestos a vender a Apax o a un tercero. El actor contestó que les indicarían la fecha, hora y lugar donde se firmarían los contratos con Planeta para la transmisión de activos. Finalmente, el actor no fue convocado para la firma de transmisión de activos a Planeta.

En su demanda ante los Juzgados de lo Social de Madrid, el actor interesa una sentencia en la que se declare (1) la validez y vigencia del acuerdo de TagAlong, como consecuencia del pacto de permanencia en la empresa LanetroZed, y el acuerdo de indemnidad fiscal del ejercicio de ese derecho; y (2) el incumplimiento del pacto de TagAlong por parte de ApaxServices I, ApaxPartners España, ApaxPartnersWorldwide; y que se condene solidariamente a esas empresas a comprar o a procurar buscar comprador de los activos del actor en el Grupo LanetroZed, por una suma de 1.426.701,61 euros o a pagar dicha cantidad al actor por incumplimiento del acuerdo. A esto último habría que sumar el importe de los impuestos que el actor debe pagar a Hacienda, como consecuencia de la venta, en lo que exceda del 15 por 100; así como, finalmente, el 10 por 100 del interés por mora.

Lo verdaderamente interesante y fundamental del caso es determinar la naturaleza jurídica del derecho que se otorga al actor. Esencialmente, al actor se le entregan unas acciones para compensar una obligación de permanencia laboral. Cómo esas acciones no son liquidables, se añade la garantía llamada de «tagalong», que esencialmente garantiza al trabajador, y aquí, además, socio minoritario, el acceso a la misma liquidez a que pueda

acceder un socio mayoritario con sus propias acciones. El pacto es complejo, pues existen sujetos que asumen obligaciones en él pero no tienen relación laboral con el actor. Para la sentencia de instancia, la percepción a que tiene derecho el trabajador en este caso tiene naturaleza salarial (se ofrece poca argumentación al respecto) y la condena a una sociedad que no es propiamente la empleadora se basa en la doctrina del grupo laboral de empresas. En la sentencia de suplicación, más argumentada, el TSJ Madrid rechaza, ya no solo la naturaleza salarial del derecho económico en cuestión, sino su propia laboralidad. Las razones para ello son dos, una de índole subjetiva y otra objetiva.

La razón de índole subjetiva atañe a los sujetos que asumen derechos y obligaciones en este pacto. Para el TSJ, el sujeto obligado –y demandado– es una sociedad que no es la empleadora del trabajador; y en cuanto al sujeto que asume el derecho cuestionado, ni siquiera es el trabajador, sino una sociedad constituida por él y su mujer. Respecto de lo primero, mi opinión es que el TSJ acierta al concluir que de los hechos del caso no se desprende la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales. Respecto de lo segundo, la argumentación del TSJ resulta quizá algo escueta, al limitarse a decir que «como sujeto activo del derecho litigioso no solamente aparece el demandante, sino su esposa y una sociedad libremente creada por ellos mismos, aunque fuera a instancias de terceros». Nada se comenta acerca del hecho de que esta sociedad carecía completamente de actividad, con lo que la conclusión alternativa –la sociedad era una mera ficción jurídica– también era posible sostenerla.

La razón de índole objetiva remite al ámbito competencial de la jurisdicción social: «Una vez establecido que los sujetos del derecho reclamado no son empresario y trabajador, se ha de tener presente que tampoco este posible derecho puede encuadrarse dentro de la materia social». Para el TSJ, aunque el origen del derecho económico reconocido se vincula a una obligación de permanencia laboral, la sentencia entiende que tal obligación va desdibujándose con el tiempo, de manera que el asunto, cuando el litigio se plantea, tiene más el color mercantil de un pleito entre accionistas, que el social de un pleito entre trabajador y empresa.

Recurrida en casación para unificación de doctrina, la sentencia comentada es confirmada, al no ser admitido el recurso por falta de contradicción. El Auto del TS de 12 abril 2012 reitera, en esencia, la argumentación del TSJ Madrid: se trata de un «derecho que se regula en una serie compleja de acuerdos societarios que implican no solamente al actor, su esposa y la sociedad de éstos, sino a diversas sociedades, y en los que se abordan complejas estipulaciones relativas a las sucesivas reestructuraciones sociales que se acuerdan. De lo que resulta que no se trata de un derecho derivado del contrato de trabajo, pues las partes no son el trabajador y el empleador, debiendo tenerse en cuenta que como sujeto activo del derecho litigioso no solamente aparece el demandante, sino su esposa y una so-

ciudad libremente creada por ellos, y respecto al sujeto pasivo, ni siquiera se ha solicitado condena a los empleadores».

Mi opinión particular en el asunto es distinta. Para empezar, habría que diferenciar entre, por un lado, la entrega o la transmisión de las acciones y, por otro, la garantía de liquidez que se asocia a las mismas. Lo primero es el pacto sustantivo o principal; lo segundo es un pacto accesorio. El pacto principal es la entrega o transmisión de las acciones, que se hace a cambio de que el trabajador asuma la obligación de permanencia laboral. Esta es la causa última de todo el negocio. Y si la laboralidad de la obligación de permanencia está fuera de duda, la entrega de las acciones es compensación económica de naturaleza igualmente laboral, aunque no necesariamente salarial –aspecto este último que luego discutiré.

La razón de incorporar un segundo pacto, de índole accesoria al principal, es que las acciones que se entregan tienen escasa o nula liquidez. No se trata de acciones de una compañía cotizada, que el trabajador puede liquidar fácilmente tras adquirirlas, con o sin un plazo mínimo de mantenimiento. Se trata de acciones de sociedades no cotizadas, con las dificultades económicas –aunque también puede haberlas jurídicas<sup>12</sup>– que ello implica a la hora de su transmisión. En el caso, además, parece existir algún pacto limitativo de la transmisibilidad. Con esta base, el pacto accesorio de «tagalong» es un mecanismo de protección o garantía del titular de las acciones. Desligar completamente lo principal de lo accesorio tiene escaso sentido, y por ello creo que puede afirmarse razonablemente la naturaleza también laboral de la garantía o protección adicional: la naturaleza de ésta, en definitiva, viene determinada por la del pacto principal sin el cual aquella carece de entidad y de razón de ser.

En términos sustantivos u objetivos, por tanto, la materia es social. Tema distinto, y es un problema adicional que se plantea en el caso, es que el trabajador asuma la obligación de permanencia a cambio de una entrega de acciones que se hace formalmente a una sociedad constituida por él y su mujer. Pero la constitución de esta sociedad es una pura ficción; se trata de una sociedad sin actividad alguna, constituida al solo objeto de incorporar las acciones a su patrimonio, para disolverse inmediatamente al dejar de ser titular de las mismas. Una sociedad con estas características no debería alterar, por tanto, la conclusión de que es el trabajador el verdadero titular de las acciones, a quien corresponden como compensación o retribución por una prestación tan personalísima como la permanencia laboral durante un tiempo al servicio de una empresa. Si la única causa de la transmisión de las acciones fue la obligación personalísima del trabajador, el velo de una sociedad sin actividad debiera levantarse.

.....

12 El art. 123.3 de la Ley de Sociedades de Capital (RD. Leg. 1/2010) establece que la transmisibilidad de las acciones puede «condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permiten denegarla». Es cierto, en todo caso, que son nulas «las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción» (art. 123.2 Ley de Sociedades de Capital).

La perspectiva subjetiva también plantea problemas del lado empresarial. Estos son quizá más agudos. La garantía que consiste un pacto de «tagalong» implica, por definición, un «acompañamiento»: de hecho, así suele traducirse al español, como «derecho de acompañamiento». La finalidad del pacto de «tagalong» es alinear los intereses de los diversos accionistas y, en concreto, proteger al minoritario frente a las decisiones dispositivas del mayoritario. En el caso que nos ocupa, lo que sucede es que uno de los accionistas mayoritarios decide disponer de sus acciones, sin dar opción al trabajador a ejecutar su garantía de «acompañamiento». Resulta evidente que con esta conducta, el trabajador ha visto lesionado, en último término, su derecho a la compensación por la obligación de permanencia. Lo único que ocurre es que la lesión no proviene directamente del empleador del trabajador, sino de un tercero –accionista, en todo caso, del empleador–, que viene obligado por el pacto de «tagalong». Creo que el TSJ Madrid acierta al razonar que la doctrina de los grupos laborales de empresas no resulta estrictamente aplicable aquí, pero ello no implica que no haya otras fórmulas técnicas para articular una demanda cuyo sentido último es la protección de un trabajador por una obligación laboral personalísima cuya compensación económica se ha visto dañada al cuestionarse la garantía que la sustentaba. Demandar al empleador y, además, a terceros con obligaciones o responsabilidades cuya raíz última es laboral es algo por lo demás tan habitual y notorio en la jurisdicción social que no hace falta siquiera aportar ejemplos.

### *1.1.2. El caso Sitecsa*

El caso Sitecsa, resuelto por la citada STSJ Cataluña de 12 diciembre 2012, es menos complejo. Se trata de un trabajador que inicia su prestación de servicios para Sitecsa–2005 SA a comienzos de septiembre de 2007. Un mes antes, a finales de julio, el trabajador y un socio de la empresa, un tal Paulino, que actúa en nombre propio y en representación de la empresa, elevan a escritura pública el contrato de compraventa de acciones por medio del cual Paulino transmitía títulos de SITECSA–2005 SA al demandante por importe de 3.005 euros. La estipulación sexta del referido contrato tiene el siguiente tenor literal: «Se acuerda por los comparecientes, que en el momento en que se extinga la relación laboral de D. Inocencio con la sociedad «SITECSA–2005, SA» durante un plazo de quince años desde el día de hoy, el señor Paulino con carácter preferente, o, en su defecto, cualquiera de los demás socios, comprará las acciones hoy vendidas al Sr. Inocencio por un precio que será: a) Si la extinción de la relación laboral se produce por causas independientes de la voluntad del Sr. Inocencio, el precio será de 150.000 euros. b) Si la extinción de la relación laboral se produce por causas dependientes de la voluntad del Sr. Inocencio, ya sea por dimisión voluntaria, o causas análogas el precio será el valor nominal que tuvieren las acciones.»

En 2009, el despido objetivo del trabajador fue declarado improcedente, por lo que reclama al citado Paulino el abono de los 150.000 euros convenidos como precio de las acciones. La sentencia de instancia declara la incompetencia del orden social. En suplicación, el TSJ Cataluña comienza afirmando una doble vinculación: entre el contrato de trabajo y la adquisición de las acciones («el treballador compra les accions precisament en raó de la seva contractació»), y entre la extinción del contrato de trabajo y la recompra de las acciones. Esto conduciría resueltamente a sostener la competencia social, pero el TSJ ha de desenredar, todavía, un importante obstáculo: quien vende las acciones y quien se obliga a recomprarlas no es la sociedad empleadora, sino uno de sus socios. Es cierto que el pacto dice literalmente que «cualquiera de los demás socios» recomprará las acciones, pero el TSJ razona que el hecho de que el pacto de recompra no hubiera sido suscrito por estos otros socios supone que no es posible derivar de él obligaciones para estos. Siendo Paulino el único obligado por el pacto de recompra, el argumento del TSJ es que Paulino actúa en interés del proyecto societario común. Se salva, así, el obstáculo subjetivo, poniendo el acento en el aspecto material u objetivo: lo importante, dice la sentencia, es que «s'utilitzen obligacions de recompra d'accions com a retribució diferida a la finalització del contracte»; y más adelante añade que la ganancia obtenida por la venta de las acciones «és una veritable prestació derivada del contracte de treball». El objetivo, en suma, del pacto de entrega y recompra de acciones es «vincular al treballador a l'empresa de forma que tingui un interès en no abandonar l'empresa voluntàriament ja que en aquest cas perdria el valor establert de les accions».

Razonada la naturaleza laboral del pacto, el TSJ aún debe resolver dos cuestiones más, ambas de gran interés. La primera es la naturaleza (salarial o indemnizatoria) de la prestación a que tiene derecho el trabajador. Esta cuestión se plantea a la hora de determinar el interés por mora: ¿se aplica el previsto en el art. 29.3 ET? La respuesta es negativa, porque esta prestación no tiene naturaleza salarial, sino indemnizatoria, por lo que el TSJ aplica el interés legal a que remite el art. 1108 CC.

La segunda cuestión es más compleja: es evidente que la condena a la recompra de las acciones y al abono de los 150.000 euros afectará a Paulino; ya hemos visto que no a los otros socios, pues aunque mencionados en el acuerdo, no lo firmaron; falta por saber si puede condenarse a la empresa, es decir a la sociedad de la que Paulino es socio y que es la empleadora del trabajador. El trabajador pide la condena solidaria, y la fundamenta en la conducta ambigua y fraudulenta de Paulino, que no es solo socio, sino además administrador de la sociedad. El TSJ accede a esta condena solidaria, y su razonamiento es que en el contrato de compraventa de acciones, Paulino actúa en una doble condición, de titular de las acciones y de administrador, y establece obligaciones no solamente para él, sino también para los otros socios no presentes en el negocio jurídico, de forma que

crea una apariencia de seguridad en la recompra que en ningún caso debe favorecer a la sociedad que representa. Se trata, sigue diciendo la sentencia, de un caso de oscuridad o ambigüedad que debe resolverse aplicando el art. 1288 CC, en el sentido de que cuando se dice que el propio Paulino asume la responsabilidad de la recompra «o, en su defecto, cualquiera de los demás socios», se ha de entender que actúa como administrador de la sociedad, dado que no puede actuar en representación de los demás socios: «per tant la societat queda vinculada per aquestadeclaració del seu administrador i ha de respondre en els termes pactats».

La función que el pacto en cuestión cumple en el caso resuelto por esta STSJ Cataluña no puede estar más nítidamente vinculada con la relación laboral: se trata de un claro pacto de blindaje, una garantía indemnizatoria para el caso de extinción de la relación laboral por, dice el pacto, «causas independientes de la voluntad» del trabajador; pero al mismo tiempo, se trata de un claro pacto disuasorio de la dimisión del trabajador: si dimite, pierde una cuantiosa indemnización. Como en tantos otros supuestos, la entrega de las acciones cumple funciones diversas: retención o permanencia, por un lado, blindaje o indemnización extintiva adicional, por otro. Por tanto, es clara la laboralidad y es clara, también, la naturaleza no salarial de la compensación pactada: de ninguna forma se remunera el trabajo, ni se incentiva un mayor esfuerzo o unos mejores resultados.

## 2.2. Opciones sobre acciones, acciones restringidas y unidades de acciones restringidas

En uno de los primeros análisis del tema de la *salariedad* de las opciones sobre acciones, García-Perrote y Martín Flórez<sup>13</sup> comentan la que «es, muy probablemente, la primera sentencia que analiza de forma central y detenida la naturaleza salarial o no de las opciones sobre acciones», la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid núm. 321/2000, de 5 de junio, que se inclina por la naturaleza no salarial. Así es brevemente hasta la muy importante STSJ Madrid 22 febrero 2001, que sostiene, por el contrario, la naturaleza salarial de la ganancia directamente derivada de las opciones<sup>14</sup>. El viejo debate forma ya parte de la historia: las dos conocidísimas sentencias del TS de 24 octubre 2001<sup>15</sup> pueden seguir considerándose los pilares del régimen jurídico laboral de las opciones sobre acciones y, por extensión, de fórmulas cercanas, como las opciones sobre «phan-

13 GARCÍA-PERROTE, I., y MARTÍN FLÓREZ, L., «La naturaleza no salarial de las opciones sobre acciones (stock options) (Nota a la SJS núm. 30 de Madrid de 5 de junio de 2000)», *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, 2000.

14 Véase DEL REY GUANTER, S., y BONILLA BLASCO, J., «La naturaleza jurídica de las stock options: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001», *Actualidad Laboral*, tomo 3, 2001; y el comentario crítico de ZARZA, R., «Stock Options (Comentarios a la STSJ Madrid 22 de febrero de 2001: una sentencia para la polémica)», *Relaciones Laborales*, Nº 7, 2001, tomo 1.

15 Rº 3295/2000 y Rº 4851/2000.

tom shares», los planes de acciones restringidas («Restricted Stock») o de unidades de acciones restringidas («Restricted Stock Units», RSU), o los planes retributivos basados en la revalorización de las acciones propias o de otra empresa del grupo («employee stock appreciationrights»). En estas dos sentencias, el TS resolvió la controversia fundamental en torno a la naturaleza salarial de estos derechos<sup>16</sup>. La mayoría de la Sala entendió, creo que correctamente, que «la vinculación entre la actividad laboral del empleado, su esfuerzo y dedicación y la obtención de un beneficio económico valorable derivado del ejercicio de la opción, se muestra así evidente y configura el concepto legal de salario al ser una percepción económica que se recibe precisamente a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada».

Ahora bien, como matizó un año más tarde la propia Sala, en STS de 1 octubre 2002<sup>17</sup>, no todo beneficio o ventaja patrimonial derivado de la opción es salario: «De la opción pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas y que se manifiestan de forma sucesiva en el tiempo». En primer lugar, se encuentra la «utilidad patrimonial que obtiene el beneficiario de la opción», que resulta de «la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio pactado»; esto es lo que propiamente puede considerarse salario. En segundo lugar, se encuentra, en cambio, el posible beneficio obtenido por el trabajador «como consecuencia de la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción». Sobre este beneficio, el TS dice que no hay «relación entre empresario y trabajador, pues éste último obtiene el precio de las acciones, que ya eran suyas, de un tercero mediante un negocio jurídico mercantil en el que ya no tiene intervención alguna el empresario en cuanto tal; no hay conexión directa entre el beneficio patrimonial obtenido por el trabajador y el trabajo, pues ese beneficio se obtiene no por sus servicios, sino por la enajenación de un bien que ya es propiedad del trabajador».

En una sentencia ya bastante posterior, de 26 enero 2006<sup>18</sup> (caso Microsoft), el TS tuvo la oportunidad de sostener que la naturaleza salarial de la opción –es decir, de la diferencia entre el precio de opción y el precio de compra de la acción– no cambia por el hecho de que las acciones a que se refiera la opción sean, no propiamente de la sociedad o empre-

.....

16 La controversia doctrinal y judicial era muy viva antes de estas sentencias del TS. Una revisión de los argumentos a favor y en contra, anterior a las sentencias del TS, puede verse, por ejemplo, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., y THIBAUT ARANDA, J., «Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2001; con posterioridad a las sentencias del TS, una recapitulación de los argumentos de uno y otro lado la ofrecen CAVAS MARTÍNEZ, F., «Aspectos jurídico-laborales de las «stock options»», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2002; DESDENTADO BONETE, A., y LIMÓN LUQUE, M. A., «Las stock options como retribución laboral. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», *Aranzadi Social*, núm. 5 2002; e ALZAGA RUIZ, I., *Las stock options. Un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 89–131.

17 R° 1309/2001.

18 R° 3813/2004.

sa empleadora, sino de otra sociedad del grupo, típicamente la sociedad matriz, incluso aunque se trate de una sociedad no española. Lo relevante es que exista un nexo –siquiera tenue– entre el esfuerzo, desempeño o rendimiento del trabajador y los resultados empresariales, medidos en este caso por la cotización de sus acciones. Lógicamente, si las acciones que se entregan o prometen o sobre las que se confieren derechos no son del propio grupo, la naturaleza salarial debe fundarse en razones adicionales que permitan discernir un vínculo entre la actividad laboral y las ganancias obtenidas por estas operaciones.

### 2.3. Cuestionamiento de la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones

La naturaleza salarial de las opciones sobre acciones puede cuestionarse cuando la ganancia obtenida por el trabajador no se produce tras completar el correspondiente período de maduración, sino que resulta de un ejercicio anticipado, motivado éste a su vez por hechos ajenos a la relación laboral, como pueden ser cambios accionariales o de control o modificaciones societarias. El caso ilustrativo al respecto es el resuelto por la STSJ Madrid 28 octubre 2011 (Unión Fenosa)<sup>19</sup>, donde se razona que un ejercicio anticipado de las opciones, antes de terminar su período de maduración, por causas ajenas a la relación laboral como son, en el caso, la OPA de Gas Natural sobre Unión Fenosa, determina que la ganancia obtenida no pueda calificarse de salarial, y ello porque, dice la sentencia, «resulta obvio que el ejercicio anticipado de la opción antes del primer año de concesión del Plan no está vinculado a los servicios del trabajador (característica del salario) sino al cambio de accionariado de Unión Fenosa, siendo buena prueba de ello que en el propio Plan se establece un período de maduración o de carencia de dos años y un período de vigencia de cinco».

También se ha cuestionado la naturaleza salarial y laboral de la ganancia derivada de opciones sobre acciones en algún otro supuesto aislado, como el caso Infobolsa. La STSJ Madrid de 1 febrero 2005<sup>20</sup>, que resolvió este caso, declaró la incompetencia del orden social para conocer de las reclamaciones de trabajadores relativas al incumplimiento por su empresa de determinadas obligaciones asumidas por ésta en un plan de incentivos que, como argumentó Alzaga Ruiz<sup>21</sup>, solo puede calificarse de plan de opciones sobre acciones. El plan en cuestión confería a los trabajadores de Infobolsa opciones para adquirir acciones de la misma. El plan, emanado de su matriz, la Sociedad Rectora de la Bolsa de Madrid, subrayaba expresamente que «las facultades en que se concretan los derechos de

.....

19 Núm. 915/2011.

20 Núm. 69/2005.

21 ALZAGA RUIZ, I., «Orden jurisdiccional competente para conocer de los litigios surgidos en aplicación de un plan de stock options «sui generis»», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2005.

adquisición quedan supeditadas al mantenimiento de la relación laboral en la fecha en que se decida ejercitar cualquiera de ellas». Además de esta peculiar configuración subjetiva (el plan no lo emite la sociedad empleadora, sino su matriz), lo único realmente especial del caso es que el plan se diseñaba en un escenario previo a la venta total o parcial de Infobolsa por parte de su matriz, y por ello otorgaba a los trabajadores diferentes alternativas de ejercicio de los derechos en función de si había una oferta pública de venta (OPV) de acciones de Infobolsa o de si las acciones de esta se transmitían a terceros. Lógicamente, a la matriz le interesaba que el valor de la filial se incrementase al máximo en ese período de tiempo, por lo que el plan de incentivos basado en opciones sobre acciones de la propia Infobolsa alineaba perfectamente los intereses de la sociedad matriz y los de los trabajadores de la filial: ambos salían ganando cuanto mayor fuese el precio de la acción en el momento de la OPV o de la venta a terceros, aparte de que con el plan la matriz conseguía «fidelizar a los trabajadores durante el proceso negociador de venta de la entidad»<sup>22</sup>. Resulta, por ello, sorprendente la afirmación de la sentencia en el sentido de que «no existe vinculación entre la actividad laboral del empleado y la obtención de los beneficios aleatorios derivados de las operaciones bursátiles»: la no laboralidad del pacto podría haberse fundado en que el concedente de las opciones no es la sociedad empleadora de los trabajadores, pero no en el evidente carácter objetivamente incentivador del plan de opciones. Este dato subjetivo, sin embargo, tampoco nos parece razón suficiente para la deslaboralización del pacto y su sujeción a la legislación civil o mercantil: la sociedad empleadora de los trabajadores estaba, al momento de la concesión de las opciones sobre acciones, dominada al 100 por 100 por la sociedad que diseña el plan y otorga los derechos. No hay nada especialmente extraño en que una sociedad que domina otra al 100 por 100 interfiera o se inmiscuya en cualesquiera aspectos de las relaciones laborales de la segunda.

También puede cuestionarse que exista salario antes de la maduración de las opciones. Recientemente, Todolí Signes ha planteado abiertamente, en un muy interesante y documentado artículo, el debate acerca de la salariedad de las opciones en el período anterior a la maduración<sup>23</sup>. La jurisprudencia actual es clara en el sentido de que la ganancia salarial se produce en el momento en que, tras su maduración, el trabajador ejercita la opción; en ese momento, se pone de manifiesto la diferencia entre el precio de la acción y el precio de ejercicio. Es cierto que, como argumenta Todolí, «el empresario entrega la opción al trabajador a cambio del trabajo prestado»<sup>24</sup>. También es cierto que, como el propio autor razona, la opción tiene un «valor económico». Desde luego lo tiene si la opción es trans-



22 ALZAGA RUIZ, I., «Orden jurisdiccional...», cit.

23 TODOLÍ SIGNES, A., « La naturaleza salarial de las «stock option» en el momento de su concesión y no solo en su ejecución: la valoración progresiva de la opción», *Trabajo y Derecho*, núm. 14, 2016.

24 TODOLÍ SIGNES, A., « La naturaleza salarial...», cit.

misible antes de su ejecución: si el plan permitiera la transmisión de la opción antes de la maduración, habría sólidas razones para concluir que la ganancia obtenida con la venta de las opciones es salario.

Ocurre, sin embargo, que en la inmensa mayoría de los planes las opciones no son transmisibles antes de su maduración. El hecho de que estas opciones, que el trabajador no puede transmitir conforme al plan y que todavía no han madurado, tengan un teórico valor económico no significa que puedan calificarse de salario. Es cierto que, siguiendo el hilo de la argumentación de Todolí, los mercados financieros ofrecen todo tipo de productos que permiten sortear la prohibición de la venta o transmisión de las opciones, y «por muchas prohibiciones que se establezcan, siempre existen fórmulas para transformar en dinero algo que intrínsecamente tiene valor»<sup>25</sup>. Pero en estos casos, la liquidez que el trabajador obtiene de una operación financiera con terceros está completamente desconectada de la relación laboral: es más, en realidad resulta una operación que altera el sentido y finalidad del propio plan, y hasta podría cuestionarse si no estamos ante un incumplimiento contractual por parte del trabajador. Una empresa puede entregar a un trabajador múltiples activos con valor económico: puede hacerle entrega de un coche y permitirle el uso personal en fines de semana, vacaciones, etc., pero ¿podríamos calificar como salario el dinero que el trabajador puede obtener por alquilarle ese coche a un tercero?; puede hacerle entrega de un piso o apartamento, pero ¿podríamos calificar como salario el dinero que el trabajador puede obtener por alquilarle una habitación a un tercero? El negocio que el trabajador realiza con terceros sobre los «activos» entregados por la empresa al trabajador –con independencia de su licitud conforme a los términos del contrato entre la empresa y el trabajador– no puede considerarse generador de rentas salariales. La conclusión es que, tratándose de opciones no transmisibles, no puede hablarse de salario antes de su ejercicio conforme a los términos del plan –dejando al margen, aquí, el supuesto de ejercicio frustrado por despido improcedente, al que luego me referiré–. O dicho de otro modo: sin ejercicio (conforme al plan) no hay salario. Ello es así hasta el punto de que si el trabajador voluntariamente no ejercita las opciones, no hay ningún valor teórico que pueda imputarse al salario regulador<sup>26</sup>.

.....

25 TODOLÍ SIGNES, A., « La naturaleza salarial...», *cit.*, nota 46.

26 STSJ Cataluña núm. 7685/2014 de 20 noviembre: «Pues bien, pese a lo dispuesto en el contrato de trabajo de alta dirección [...], es lo cierto que [el trabajador...] en ningún momento [...] ejerció los derechos de opción sobre acciones [...], a pesar de que pudo haberlo efectuado durante todo el período de su relación laboral [...]. Derivado de la situación descrita y sin necesidad de entrar a analizar las razones que motivaron que el recurrente no efectuará nunca reclamación de dicho abono (posibilidad de que el precio de las acciones en la fecha del ejercicio hubiese disminuido con referencia al valor que pudieran tener en la fecha del contrato), es lo cierto que no ostenta derecho alguno a que le sea computado en el cálculo de la indemnización el importe correspondiente al valor de las acciones que señala [...], pues no consta en las actuaciones que la empresa obligada a la entrega impidiera el ejercicio del derecho, ni consta que efectuado el mismo se le hubiera negado, por lo que si el derecho a la retribución por acciones existía, su falta de materialización, se debe única y exclusivamente a la propia voluntad del recurrente».

## **2.4 Contratos de aseguramiento frente al riesgo de cotización a la baja**

La ganancia esperada por el trabajador de planes de opciones sobre acciones o de otras fórmulas retributivas ligadas a la evolución del precio de la opción es no solo variable, sino incluso hipotética, hasta el punto de que en el momento del ejercicio o liquidación de los derechos la ganancia puede ser cero. En los casos en que un altísimo porcentaje de la remuneración del trabajador –normalmente directivo– depende a medio plazo de la evolución del precio de la acción, esta extremada incertidumbre retributiva puede intentar paliarse a través de mecanismos de protección que se ofrecen en el mercado financiero. A través de estos mecanismos, la expectativa de ganancia se protege, garantizando el cobro de determinadas cantidades, que pierden, de este modo, gran parte de su variabilidad e inseguridad.

El mercado ofrece, en efecto, productos financieros como las permutas o «swaps» («equity swaps», en este caso) o los contratos por diferencias (CFDs), que permiten al directivo obtener protección financiera frente al riesgo de depreciación de las acciones a las que se referencia su retribución de medio plazo.

Los problemas jurídico-laborales que plantean estas operaciones son, al menos, dos. Por un lado, la contratación de estas protección financiera reduce, en buena medida, el propósito y sentido del incentivo salarial en qué consiste la fórmula retributiva ligada a la evolución del precio de la acción: si la acción sube, el directivo obtiene la ganancia salarial correspondiente; si la acción baja, el directivo obtiene la cantidad de dinero a que tuviera derecho al amparo del swap o CFD. Difícilmente puede restringirse esta libertad del trabajador de contratar en el mercado financiero los productos que tenga por conveniente y muy difícilmente puede llegar a configurarse, por tanto, un supuesto de transgresión de la buena fe contractual. Cualquier trabajador de cualquier empresa es libre de operar en el mercado bursátil o financiero y cualquiera es libre de hacerlo apostando por una bajada del precio de la acción de la sociedad para la que trabaja, existiendo múltiples fórmulas para esta operación «en corto» o «bajista».

El segundo asunto es la calificación de la ganancia obtenida mediante el contrato financiero (swap o CFD). No puede haber muchas dudas acerca de que esta ganancia no puede ser calificada como salarial; ni siquiera, como laboral. Se trata de una percepción que surge de un contrato privado entre el trabajador y un tercero y que, por ello, resulta completamente ajena a la relación laboral. Cualquier cuestión jurídica que pueda suscitarse en el marco de este contrato se sitúa extramuros de la relación laboral, y no es ni sustantiva ni procesalmente materia laboral.

### 3. EL DERECHO A LA REMUNERACIÓN VINCULADA AL PRECIO DE LA ACCIÓN Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

**E**l derecho a la remuneración pactada en forma de opciones sobre acciones o de otras fórmulas que vinculan el salario al precio de cotización de las acciones se confiere por el empleador en los términos establecidos en planes o programas elaborados por la propia empresa, normalmente de modo unilateral. Ese derecho está sujeto, por tanto, en primer lugar, a las condiciones o cláusulas establecidas en el plan. La conocida dinámica de los derechos de opciones sobre acciones –concesión, maduración y ejercicio– encuentra su punto quizá más crítico en el momento en que la extinción de la relación laboral se entrecruza con ella después de la concesión: tanto si la extinción se produce antes de la maduración, como si tiene lugar tras esta pero antes del ejercicio, el problema fundamental que surge es la pervivencia misma del derecho salarial. A este respecto, la solución al problema pasa por atender al acuerdo de saldo y finiquito, en su caso, y al clausulado del plan de opciones.

El finiquito tiene siempre un valor muy relativo, estrictamente ligado a la literalidad de sus términos. De este modo, la eficacia liberatoria de un finiquito respecto de hipotéticas obligaciones pendientes relacionadas con las opciones o con la entrega de acciones o con remuneraciones vinculadas al precio de las acciones, depende esencialmente de si están, o bien expresamente mencionadas en el texto del acuerdo, o bien implícitamente incluidas en aquello sobre lo que el trabajador declara no tener nada más que reclamar. Si la enumeración de los conceptos sobre los que el trabajador declara que no tiene nada más que pedir ni reclamar incluye expresamente las opciones sobre acciones o las RSUs, difícilmente podrá luego el empleado reclamar cantidad alguna por estas, pues no cabe presumir que el trabajador no conozca lo que firma<sup>27</sup>. En cambio, la falta de mención expresa y singular de los conceptos controvertidos, aún tratándose de un finiquito con tenor omnicomprendido («declara que con el percibo de dicha cantidad ha sido liquidado de todos sus devengos de conformidad a Derecho, y sin la facultad de formular ninguna reclamación futura contra la misma, respecto a reclamaciones de cantidad por conceptos Salariales, Extrasalariales o de cualquier naturaleza») y donde el trabajador salva de su puño y letra determinados conceptos («el Bonus/Incentivos del ejercicio 2009 (a liquidar en el 1er trimestre de 2010) y los 12 días de vacaciones pendientes de 2009 (a liquidar en Noviembre 2009)») puede dar lugar a la interpretación según la cual el trabajador no ha podido renunciar a conceptos futuros, todavía no devengados: este es el caso resuelto por

.....  
27 STSJ Madrid 11 marzo 2013, núm. 215/2013.

la STSJ Madrid 18 mayo 2012<sup>28</sup>, la cual razona que «el que en este extremo no incluyera las unidades de acciones restringidas (RSU) cuyo valor económico pide en sede judicial no es motivo suficiente para concluir que el mismo renunciase tácitamente a su percibo, ya que se trata de complemento de naturaleza netamente salarial ligado a un programa de incentivos a largo plazo que, sin embargo, aún no se había consolidado, ni, por ende, causado estado, por cuanto que su materialización dependía del cumplimiento de un presupuesto futuro que entonces no había llegado a concurrir».

Es habitual que el plan de retribución basado en acciones diga algo de la extinción del contrato de trabajo. Inicialmente, los primeros planes solían contemplar expresamente tres especies de cese involuntario (jubilación, incapacidad, muerte), a fin de permitir en tales casos el mantenimiento de los derechos retributivos y su ejercicio postcontractual, inclusive por parte de los derechohabientes del causante. La primera jurisprudencia hubo de pronunciarse, precisamente, sobre el alcance de este tipo de cláusulas en relación con despidos improcedentes, y su conclusión fue que había de «equipararse esa situación a aquellas otras previstas en las estipulaciones pactadas en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y, en menor medida, la jubilación, se permite al titular o sus herederos ejercitar el derecho»<sup>29</sup>. La conclusión era, desde luego, discutible, como ahora mismo se argumentará, máxime si la base jurídica para alcanzarla es el art. 1256 CC.

La siguiente generación de planes retributivos basados en acciones pasó a incorporar el «cese involuntario» como causa de la imposibilidad de ejercitar las opciones: de esta manera, si antes de la fecha de posible ejercicio del derecho de opción se causaba baja en la empresa de manera voluntaria o involuntaria, el ejercicio ya no era posible y el trabajador perdía el derecho, salvo los tres supuestos antes citados de incapacidad, jubilación o muerte. En otros planes, también, se fue más allá al regular expresamente distintas situaciones extintivas y su relación con la pérdida de la facultad de ejercicio de las opciones. Todo ello permitía replantearse, de un modo más radical, la validez de la jurisprudencia que avalaba el ejercicio de las opciones tras un despido improcedente.

En realidad, el núcleo del debate estaba perfectamente perfilado ya en el Voto particular encabezado por el Excmo. Sr. Martín Valverde a la STS de 24 octubre 2001. Si lo traemos ahora a colación es porque el hilo de este Voto iba a tener continuidad en la evolución jurisprudencial ulterior. En su Fundamento 3º, se cuestiona que el art. 1256 CC permita fundar la conclusión de la sentencia: «el método escogido en la sentencia para hacer efectivo el principio del art. 1256 del Código Civil –la equiparación del supuesto de despido improcedente a los supuestos de «fallecimiento», «incapacidad» y «jubilación»– no parece

.....

28 Núm. 441/2012.

29 STS 4 febrero 2002, Rº 642/2001.

el adecuado en el caso, en cuanto que contradice la voluntad expresa del pacto o contrato de participación en el plan de stock options, donde se especifica que los supuestos enumerados de extinción del contrato de trabajo son los únicos que permiten la adquisición plena del derecho de opción de compra de acciones».

Este hilo encuentra recepción doctrinal, por ejemplo, en un estudio de Salvador Del Rey y Bonilla Blasco publicado en 2005<sup>30</sup>. Uno de los acertados razonamientos que ambos autores proponen es que «el recurso al art. 1256 CC sólo resulta válido, desde un punto de vista técnico-jurídico, para integrar un plan de opciones que de por sí resulta incompleto al no regular todos los supuestos posibles de extinción de la relación laboral». A esta vía del 1256 no debe acudir, continúan los autores, «cuando el plan es completo y regula todas las posibles formas de extinción, regulación aceptada y asumida por ambas partes en los instrumentos de concesión». De este modo, se sigue diciendo, «el control de legalidad de la primacía de la voluntad de las partes [...] no debe referirse al art. 1256 CC, sino a la institución del fraude de ley o del abuso de derecho, únicos supuestos en los que la voluntad de las partes manifestada en los documentos constitutivos del Plan podría quedar modulada». Las razones y conclusiones de este trabajo acabaron teniendo impacto, tras una discutible STS de 15 julio 2009<sup>31</sup>, en la importante STS 3 mayo 2012 (caso Alstom)<sup>32</sup>. Precisamente esta última resolución descarta la infracción del art. 1256 CC, al reconocer que «la propia norma por la que se regía la existencia del derecho, el pacto de opción de suscripción de acciones, contenía los elementos que habían de configurar la realización del derecho, tal y como el propio reclamante admitió con su firma». Esto es ciertamente importante, porque si los efectos de la extinción del contrato en los derechos de opciones están regulados en el plan, el art. 1256 CC carece de la relevancia que parecían querer darle sentencias anteriores, quedando el tema prácticamente limitado a la interpretación de los textos, y todo ello con los límites del fraude de ley y abuso del derecho.

La STS 3 mayo 2012 (Alstom) ha tenido un impacto notable en las resoluciones de los tribunales laborales<sup>33</sup>, aunque no en todos los casos<sup>34</sup>. La conclusión más plausible es que a la hora de determinar si cabe un ejercicio de las opciones con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo, hay que estar a los términos del plan o del pacto entre las partes. El primer objetivo del juzgador debería ser la interpretación del contrato, estando a la literalidad de sus cláusulas si es que los términos son claros y no dejan duda sobre la intención

.....

30 DEL REY GUANTER, S., y BONILLA BLASCO, J., «Nuevas cuestiones en materia de stock options: el ejercicio de las stock options en los supuestos de despido improcedente y los efectos del componente internacional en la concesión de stock options», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2005, Tomo I.

31 R° 3623/2008.

32 R° 2204/201.

33 Véase el análisis que del tema realiza BUJÁN BRUNET, M. A., «Aspectos laborales de las stock options: puntos críticos», *Revista de Información Laboral*, 8, 2015.

34 La STSJ Madrid 24 septiembre 2012, núm. 826/2012, vuelve a apoyarse en el art. 1256 CC.

de los contratantes (art. 1281 CC). Si los efectos de la extinción del contrato sobre las opciones están regulados en el plan o pacto, la única norma imperativa relevante debería ser la prohibición del fraude de ley, a fin de evitar que una actuación unilateral e injustificada del empleador aborte devengos próximos, tras un relativamente largo período de espera o maduración. En este sentido, no existe una regla temporal numérica fija, sino que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso, valorando en particular: 1º) el tiempo de maduración o carencia soportado por el trabajador, durante el cual ha prestado sus servicios; 2º) el tiempo que falta para la efectiva maduración de los correspondientes derechos; y 3º) la justificación de la medida extintiva, no tanto en términos de la causalidad específica disciplinaria u objetiva exigida por los art. 51–52 y 54 ET, sino en términos más amplios. Todo ello teniendo en cuenta que el fraude no se presume, como dice jurisprudencia tan reiterada que excusa la cita.

#### 4. REMUNERACIÓN VINCULADA AL PRECIO DE LA ACCIÓN Y SALARIO REGULADOR DE LAS INDEMNIZACIONES EXTINTIVAS

**E**n la medida en que se califique de salario, cualquiera de las fórmulas retributivas de que tratamos puede pasar a integrar el salario regulador de las indemnizaciones extintivas, en particular la del despido. La condición fundamental para que una partida salarial integre el salario regulador es su proximidad temporal a la extinción del contrato. La regla de partida es que el salario regulador es el percibido en el último mes, pero esta regla sólo es estrictamente aplicable en los supuestos en que no existe variabilidad salarial. Cuando constan en el caso percepciones variables, el período que debe contemplarse ya no es el del último mes, sino el de los últimos doce meses. Esta ampliación tiene lugar, por tanto, cuando figuran retribuciones variables de cualquier tipo, sean comisiones, bonus ligados a ventas, objetivos, evaluaciones, o cualquier otro indicador, sean retribuciones ligadas a algo *per se* tan variable como es el precio de las acciones<sup>35</sup>.

La complejidad de las opciones sobre acciones plantea varios problemas a la hora de subsumir los distintos casos en la regla del cómputo de los últimos doce meses. Recuérdese que la estructura cronológica de las opciones viene integrada por una serie de hechos claves: (1) concesión–adquisición de las opciones, (2) maduración de las opciones, (3) ejercicio de las opciones–compra de las acciones y, eventualmente, (4) liquidación–venta

.....

35 Ampliamente, MATORRAS DÍAZ–CANEJA, A., «La integración de las retribuciones variables...», *cit.*

de las acciones. La cuestión primera es, por tanto, cuál o cuáles de estos hechos deben constar en los últimos doce meses anteriores a la extinción del contrato para que la remuneración pase a formar parte del salario regulador de la indemnización.

Sobre esta primera cuestión no existe específicamente doctrina unificada, pero sí la hay respecto del elemento básico sobre el que debe sostenerse la solución. Tal elemento es que la ganancia propiamente salarial del trabajador titular de opciones sobre acciones es la diferencia «entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado»<sup>36</sup>. Si lo que es propiamente salario es la diferencia entre el precio de compra de la acción y el precio garantizado en el derecho de opción, resulta lógico deducir que desde el punto de vista cronológico, que es el que nos interesa ahora, el momento clave es el de ejercicio de las opciones (compra de las acciones)<sup>37</sup>. Partiendo de esta premisa, es quizá el TSJ Madrid el que ha producido una doctrina más elaborada y reiterada. Según esta doctrina, «para considerar el beneficio asociado al ejercicio de opciones sobre acciones en el cómputo de la base salarial han de cumplirse dos condiciones: 1. que el tramo de las stock options haya madurado en el año inmediatamente anterior al despido; 2. que el trabajador haya ejercitado el derecho a la opción en el año inmediatamente anterior al despido»<sup>38</sup>.

Conforme a esta doctrina, por tanto, dos son los requisitos necesarios para que pueda producirse imputación de la ganancia derivada de las «stock options» en el salario regulador: maduración de las opciones en el año inmediatamente anterior al despido y ejercicio de las opciones en ese mismo período. En consecuencia, «si ninguna opción maduró en el año anterior al despido, ningún beneficio, real o hipotético, puede computarse en el cálculo de la indemnización por despido»<sup>39</sup>. No es suficiente con ejercitar las opciones en el año anterior al despido, sino que su maduración también ha debido producirse en ese último año<sup>40</sup>.

Cuestión importante es también el régimen de imputación de la ganancia al salario regulador. Por la naturaleza misma de las opciones, derivada de la existencia de un período de maduración que suele ser superior al año, es lícito cuestionarse si toda la ganancia obtenida por las opciones puede llevarse al salario regulador o si, por el contrario, es conveniente aplicar alguna regla de prorrateo o imputación proporcional. La doctrina para resolver esta segunda cuestión debe partir de lo establecido por el TS en su importante sentencia de 3 junio 2008<sup>41</sup> (caso St. Jude Medical): «si consideramos que las opciones de

.....

36 STS 26 enero 2006, R° 3813/2004.

37 En el mismo sentido, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *cit.*: «es la fecha de ejercicio de la stock option la que resulta determinante para cuantificar la ganancia».

38 STSJ Madrid 13 junio 2014, R° 289/2014.

39 STSJ Madrid 16 enero 2012, núm. 13/2012 (McAfee).

40 En el mismo sentido, STSJ Castilla y León / Burgos 22 abril 2010, núm. 283/2010; STSJ Madrid 27 noviembre 2009, núm. 861/2009.

41 R° 2532/2006.

compra de acciones tienen carácter salarial en cuanto a la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de su adquisición, y el precio de ejercicio del derecho pactado, retribuyendo el trabajo desempeñado por el trabajador, debe determinarse qué período desde su concesión a su realización por el trabajador se está remunerando, y por consiguiente debe distribuirse proporcionalmente a dicho período si es superior a un año, pues es el período de tiempo que se remunera». O en los términos expresados por la STSJ Cataluña 14 mayo 2009<sup>42</sup>, «las rentas derivadas se prorratean por el número de años o meses de maduración de las acciones desde su concesión»<sup>43</sup>.

La regla del prorrateo de la ganancia en relación con el período de maduración se aplica no solo en planes de opciones sobre acciones, sino también en otros planes de remuneración vinculados al precio de las acciones. En el caso resuelto por la STSJ Cataluña 9 febrero 2012<sup>44</sup> (caso SecuritasDirect), la fórmula remuneratoria consiste en la entrega de acciones al trabajador para que este las mantenga durante la relación laboral, asumiendo la entidad emisora de los títulos la obligación de recomprarlas «necesariamente, entre otros supuestos, cuando el empleo de un Participante con el grupo haya concluido tras el despido del participante por alguna otra razón que no sea mala conducta deliberada de dicho participante o negligencia». El trabajador en cuestión adquirió acciones en diciembre de 2008, que, tras su despido, fueron vendidas en marzo de 2011. Cifrada la ganancia en 19.400 euros, el TSJ impone la división de la ganancia por el número de meses entre la adquisición y la venta, para obtener el importe mensual que puede imputarse al salario regulador.

En otros casos, cuando se trata de acciones restringidas, el esquema cronológico no es exactamente el mismo de las opciones. Básicamente, las acciones se entregan en una fecha que da inicio a un período de restricciones (variables, según cada plan) hasta que se alcanza la fecha de consolidación, momento en que las acciones se incorporan plenamente al patrimonio del trabajador, o bien su equivalente monetario. A efectos de imputación en el salario regulador, el valor de las acciones en la fecha de consolidación debe dividirse por el número de años o meses desde su concesión.

Una vez calculado el valor anual o mensual de las acciones en el período que retribuyen, la imputación al salario regulador solo debe hacerse en la parte en que el período de maduración se superpone o solapa con el período de los últimos doce meses anteriores al despido. Se trata de una consecuencia lógica de las dos reglas de aplicación en este tema: por un lado, la regla de cómputo del salario percibido en los últimos doce meses, y por otro lado, la regla de determinación del salario mensual o anual como resultado de dividir el valor de las acciones por el período (meses o años) de generación de dicho valor.

.....

42 Núm. 3943/2009.

43 En el mismo sentido, STSJ Navarra 20 marzo 2009, núm. 59/2009.

44 Núm. 1044/2012.

Finalmente, una particularidad importante es la exigencia de efectiva realización de los derechos asignados. La falta de ejercicio de las opciones supone que no pasen a integrar el salario regulador. Como razona la STSJ Cataluña 20 noviembre 2014<sup>45</sup>, el trabajador no ostenta derecho alguno a que le sea computado en el cálculo de la indemnización el importe correspondiente al valor de las opciones que no ejercitó, pudiendo haberlo hecho durante todo el período de su relación laboral, cuando no consta «que la empresa obligada a la entrega impidiera el ejercicio del derecho, ni consta que efectuado el mismo se le hubiera negado, por lo que si el derecho a la retribución por acciones existía, su falta de materialización, se debe única y exclusivamente a la propia voluntad del recurrente». Esta regla, sin embargo, es válida cuando la adquisición de las acciones depende de una decisión voluntaria del trabajador –ejercitar o no las opciones–, máxime cuando puede que el precio de las acciones se haya situado por debajo del precio de ejercicio, por lo que no debe aplicarse en supuestos distintos a los de opciones, como pueden ser los de acciones restringidas, que se consolidan automáticamente y se incorporan al patrimonio del trabajador, al ser su valor siempre positivo.

En conclusión, y a modo de ejemplo, si un trabajador es despedido el 1 de febrero de 2016 y figuran 1000 opciones maduras y ejercidas el 31 de agosto de 2015, siendo el diferencial entre precio de ejercicio y precio de la cotización de 12 euros, la ganancia total obtenida (12.000€) debe dividirse por el período de generación (24 meses), para obtener la ganancia salarial mensual del período (500€). Como en los últimos 12 meses anteriores al despido, esa ganancia figura en los meses de febrero 2015 a agosto 2015 (7 meses), la cantidad que hay que sumar al salario anual del trabajador es 3.500 euros (7 x 500); no 6.000 euros (12 x 500), pues la ganancia mensual no se produce en los meses de septiembre 2015 a enero 2016.

## 5. LOS ASPECTOS TRANSNACIONALES DE LA REMUNERACIÓN VINCULADA AL PRECIO DE LA ACCIÓN

**E**s frecuente que los planes de opciones sobre acciones o de otras fórmulas de remuneración ligada al precio de la acción emanen unilateralmente de la empresa, y que ello ocurra, además, tratándose de grupos de empresas, de manera centralizada. Esto tiene como resultado que en los grupos multinacionales, el plan sea promovido y aprobado

.....  
45 Núm. 7685/2014.

desde la sociedad matriz. No es razonable intentar sujetar la interpretación y aplicación del plan a un criterio uniforme, que suele ser coherente con la propia concepción del plan retributivo como unitario y global para los empleados del grupo a que afecte. Si el grupo es extranjero y la sociedad matriz cotiza en bolsas extranjeras, ello conducirá probablemente a que la entidad emisora pretenda la aplicación de la ley de su domicilio, e incluso que los pleitos que se susciten en torno al plan queden remitidos a tribunales de ese país. Las dos cuestiones pueden tener soluciones distintas, ya que distintas son también las normas que las regulan. Repasemos, primero, los principales pronunciamientos de nuestros tribunales en pleitos sobre opciones sobre acciones con elemento transnacional.

Uno de los primeros casos importantes fue el planteado por un directivo de Microsoft Ibérica en España respecto de las opciones sobre acciones de Microsoft Corporation, en el marco de un plan norteamericano que sometía el ejercicio de los derechos a la ley del Estado de Washington, en que tiene su sede la citada empresa. Al resolver este asunto, la STSJ Madrid 23 diciembre 2003<sup>46</sup> hace tres pronunciamientos reseñables. En primer lugar, entiende que la calificación de las ganancias derivadas del ejercicio de opciones sobre acciones por parte de un trabajador con relación laboral sujeta a Derecho español es materia no disponible, por lo que debe realizarse con los criterios legales aplicables a la relación laboral, que en este caso son los españoles. En segundo lugar, afirma que las normas que rigen el contrato de trabajo «han de ser únicas», «no pudiéndose entender aplicable a una misma relación laboral la legislación de dos o más Estados». Ambos pronunciamientos llevan a desechar la validez del pacto de aplicación de la ley de Washington. Ahora bien, y en tercer lugar, el TSJ afirma, en lo que parece un *obiterdictum*, que la sujeción pactada a la ley del Estado de Washington «podría tener efectos, de manera que pudiera haber sido aplicable tal legislación a cualquier controversia que se hubiera producido en la interpretación o cumplimiento de los planes a los que los documentos se refieren». Ciertamente este último pronunciamiento es algo oscuro y no tiene mayor relevancia en el desarrollo argumental de la sentencia, pero parece apuntar a una escisión de la ley aplicable según se trate de interpretar los términos literales del pacto –lo que debería hacerse conforme a aquella ley extranjera– o de valorar los efectos del plan y de la remuneración de él derivada en la relación laboral –lo que solo podrá hacerse conforme a la ley «única» reguladora de la relación laboral–.

La doctrina de la unicidad de la ley aplicable a la relación laboral se reitera por el propio TSJ Madrid en un caso posterior («Packard Company») resuelto por la sentencia de 20 diciembre 2005<sup>47</sup>. Se establece en el plan que todas las decisiones y actuaciones adoptadas a tenor del mismo, estarían reguladas por la legislación del Estado de California. Sin em-

.....

46 Confirmada en este punto, por falta de contradicción, por la STS de 26 enero 2006.

47 Núm. 1089/2005.

bargo, el TSJ vuelve a trazar la distinción, ciertamente discutible, entre controversias sobre «la interpretación o cumplimiento de los planes a los que los documentos se refieren», y controversias sobre «la consideración legal que hayan de merecer los beneficios derivados de las acciones que ha obtenido el actor, que tienen una naturaleza salarial y que, por consiguiente son inherentes al contrato de trabajo y, como incluidos en el mismo, les son aplicables las normas por las que éste se rige, que desde luego han de ser únicas no pudiéndose entender aplicable a una misma relación laboral la legislación de dos o más estados».

En vivo contraste con las líneas doctrinales trazadas por el TSJ Madrid en estas dos sentencias, la STSJ Cataluña 19 septiembre 2008 (Bouygues)<sup>48</sup> es «el supuesto más paradigmático de aplicación de normativa extranjera en materia de stock options»<sup>49</sup>. En este caso, el trabajador mantiene una relación laboral con una empresa española, Acieroid SA, filial del grupo francés Bouygues. A consecuencia de este contrato de trabajo, el Grupo Bouygues ofrece al trabajador un plan de acciones. En este caso, el sometimiento del plan a ley francesa no se deriva de una cláusula escrita en el mismo, sino de una serie de hechos relevantes para el TSJ (comunicación al trabajador remitida desde Francia; escrita en francés; y en ella se hace referencia a normas internas francesas, concretamente de índole tributaria y laboral: Code des Impôts y Code du Travail): la conclusión para el TSJ es que «es evidente a la vista de lo expuesto que la voluntad de quien realiza unilateralmente la oferta de las stock options es la de que sea aplicada la legislación francesa, y resulta obvio que quien acepta dicha oferta sin salvedad alguna está también aceptando la aplicación de la normativa del país de domiciliación del grupo empresarial». Sentado que hay un pacto, siquiera tácito, de sometimiento a la ley francesa, el caso es ya similar a los resueltos por el TSJ Madrid. Pero la solución que da la Sala catalana es distinta: sobre todo porque en ningún lado asoma en su argumentación el principio madrileño de la «unicidad» de la ley aplicable. Al contrario, razonando a partir del art. 4 del Convenio de Roma y su criterio de los «vínculos más estrechos», la sentencia dice que «en el presente caso, es palmario que los vínculos más estrechos por lo que se refiere a lo relativo a las stock options son con la República francesa, lugar de donde parte la propuesta, también donde reside quien debe cumplir con la obligación que se establece y, por fin, donde en caso de prosperar la demanda debería materializarse la ejecución de los derechos de opción.» Repárese en lo importante: los vínculos más estrechos son los específicos de las opciones sobre acciones, no los de la relación laboral. El hecho de que la relación laboral estuviera pacíficamente sometida a ley española no impide la aplicación de la francesa al asunto específico de las opciones sobre acciones.

.....

48 Núm. 6877/2008.

49 BUJÁN BRUNET, M. A., «Aspectos laborales de las stock options: puntos críticos», *Revista de Información Laboral*, 8, 2015.

En realidad, lo que el TSJ Cataluña está implícitamente reconociendo es la admisibilidad de la técnica conocida como «depeçage», algo también aceptado por algún otro tribunal laboral (vgr., STSJ País Vasco 10 septiembre 2002<sup>50</sup>) y por la doctrina especializada<sup>51</sup>. El *depeçage* o «fraccionamiento legislativo del contrato»<sup>52</sup> permite que una parte del mismo pueda quedar sujeta a una ley distinta del resto del contrato. En el ámbito laboral, esta técnica encuentra el mismo límite que cualquier elección autónoma de la ley aplicable: «dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables» (art. 8.1 Reglamento UE 593/2008, «Roma I»). La elección voluntaria de una ley extranjera para regir en materia de opciones sobre acciones es válida siempre que, por tanto, no prive al trabajador de la protección de las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley aplicable a falta de acuerdo, que en términos generales será la del lugar habitual de trabajo. Por tomar el ejemplo del caso Microsoft, la ley de Washington será aplicable a las «stock options», pero con el límite de no privar al trabajador de la protección que confieren las disposiciones imperativas de la ley española. Es evidente que el establecimiento de un plan de opciones sobre acciones o la entrega al trabajador de opciones o de acciones no suele resultar de ninguna disposición imperativa. Ahora bien, también es evidente que una vez que el derecho se ha concedido y pasa a formar parte del contenido del contrato de trabajo, algunos de sus efectos legales son imperativos: por citar algunos de los aspectos más señalados, la ganancia derivada del ejercicio de acciones sobre acciones debe ser calificada de salario –esto es derecho imperativo–, por lo que tiene impacto en el salario regulador –esto es igualmente imperativo–, y el derecho al ejercicio de las opciones concedidas no puede abortarse fraudulentamente mediante un despido improcedente poco antes de la maduración –la protección conferida por instituciones como el fraude de ley o el abuso de derecho debe ser considerada imperativa, pues no cabe excluirla mediante acuerdo–.

La teórica admisibilidad del «depeçage» resulta al final, por lo visto, de escasa trascendencia práctica, al menos en relación con los aspectos litigiosos típicos de la práctica laboral. No parece que desde la perspectiva laboral queden muchos asuntos de interpretación del plan que no toquen, de algún modo, las cuestiones clave de la naturaleza salarial de la ganancia, las condiciones de ejercicio en relación con la extinción del contrato o el impacto indemnizatorio por la vía del salario regulador. De este modo, si la ley aplicable a

50 Núm. 1485/2002: «hay dos cuerpos normativos el español y el portugués– llamados a coexistir en la regulación de la relación laboral entre las partes, para diversas materias, por así haberlo querido éstas».

51 Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 18, 2000, p. 35.

52 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional», *cit.*, p. 13.

la relación laboral es la española, la atracción hacia este ordenamiento de los litigios claves en materia de opciones sobre acciones parece inevitable.

Por lo que respecta a la jurisdicción competente, tratándose de un trabajador que presta servicios en España de manera habitual, los tribunales laborales españoles siempre serán competentes para conocer del pleito: si se trata de un empresario domiciliado en cualquier Estado de la UE, en virtud del art. 21.1 *b) i)* del Reglamento UE 1215/2012; y si se trata de un empresario no domiciliado en un Estado miembro de la UE, en virtud del art. 21.2 del propio Reglamento. Cualquier cláusula del plan de opciones que establezca el sometimiento *exclusivo* a una jurisdicción distinta será ineficaz, por contravenir el art. 23 del Reglamento. Cosa distinta es que el trabajador, además de en los tribunales de su lugar habitual de trabajo, *también* pueda demandar en otros Estados, pero lo importante es que esa posibilidad o potestad del trabajador no le impide demandar en España, si es que este es, insistimos, su lugar habitual de trabajo. Para poder alcanzar una conclusión distinta, habría que desligar completamente el plan de opciones del contrato de trabajo o relación laboral: es decir, habría que sostener que el plan de opciones está desconectado de la relación laboral<sup>53</sup>.

**FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo,*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*fjgomez@der-pr.uc3m.es*

.....

53 Un esfuerzo argumentativo en este sentido puede encontrarse en DEL REY GUANTER, S., y BONILLA BLASCO, J., «La naturaleza jurídica de las stock options...», *cit.*: «por existir vinculación, pero no verdadera conexión del contrato de opción con el contrato de trabajo, entendemos que la jurisdicción española no debe ser competente para entender de los conflictos generados por la interpretación de los términos del Plan de opciones sobre acciones».

# LA RETRIBUCIÓN VARIABLE DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS TRAS LA REFORMA DEL RÉGIMEN LEGAL SOBRE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho Mercantil*

*de la Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de recepción: 28/03/2016

Fecha de aceptación: 18/04/2016

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA. 2. LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES A TRAVÉS DE LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y DEL NUEVO CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO. 2.1 Aspectos básicos de la reforma. Principales defectos de técnica y política jurídica del nuevo régimen legal sobre responsabilidad de administradores. 2.2 En particular, la reforma del régimen aplicable a determinadas modalidades de retribución variable. 2.2.1 Modificaciones del régimen legal. 2.2.2 El nuevo marco de recomendaciones de buen gobierno en lo relativo a las retribuciones variables. 3. LA RETRIBUCIÓN VARIABLE COMO MECANISMO RETRIBUTIVO DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS. 4. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

**RESUMEN:** La retribución de los administradores de las sociedades de capital constituye uno de los aspectos más importantes y controvertidos del régimen aplicable a las sociedades de capital que, en los últimos años, se encuentra permanentemente en el centro del debate público, no sólo jurídico sino también político y social. En el contexto de la reciente crisis financiera, los sistemas de retribución de los administradores han sido directamente señalados como una de las principales causas que han conducido a dicha

crisis. Ello ha desencadenado en la generalidad de los ordenamientos jurídicos un nuevo movimiento de reforma del régimen aplicable a las retribuciones de los administradores de las sociedades, sobre todo de las sociedades cotizadas y de las entidades financieras, que en España se ha llevado a cabo fundamentalmente a través de la adopción de normas especiales dirigidas a estas entidades y, sobre todo, como consecuencia de la reforma de la Ley de sociedades de capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. En el presente trabajo se ofrece una breve síntesis del contenido y alcance de esta reciente reforma en materia de retribución de administradores y, a partir de ello, se presta especial atención al régimen aplicable a las retribuciones variables particularmente como mecanismo de remuneración de los administradores que desarrollan funciones ejecutivas.

**ABSTRACT:** Directors' compensation is one of the most important and controversial aspects of legal regulation applicable to corporate companies. In recent years, it is permanently at the core of public discussion, not only from a legal point of view but also from a political and a social one. In the context of the recent financial crisis, the compensation systems have been directly identified as one of the main grounds that led to the crisis. In most legal systems this has triggered a new reform movement of directors' compensation regulation, particularly of listed companies and financial institutions. In Spain it has been carried out mainly through the adoption of special rules to these entities and, above all, as a result of the reform of the *Capital Companies Act* by Act 31/2014, of December 3th. The present paper provides a brief summary of the content and scope of this latest reform on directors' compensation and, from this, it gives special attention to the rules for variable remuneration, particularly as a mechanism for compensation of the directors who develop executive functions.

**PALABRAS CLAVE:** Retribución variable, remuneración de administradores, sociedades de capital, Derecho de sociedades.

**KEYWORDS:** Variable remuneration, director's compensation, director's remuneration, capital corporations, Company Law.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

Pocas materias relativas al régimen legal aplicable a las sociedades de capital resultaban tan necesitadas de reforma como la relativa a la retribución de los administradores sociales. Ante todo, porque el régimen general anterior, previsto en la Ley de sociedades de capital (en adelante, LSC) y complementado para las sociedades cotizadas con las recomendaciones contenidas en el entonces vigente Código Unificado de Buen Gobierno de 2006,<sup>1</sup> presentaba importantes deficiencias e insuficiencias. Éstas podían sistematizarse en torno a tres grupos de dudas interpretativas y problemas de aplicación relativos, respectivamente, a: la determinación del órgano competente para fijar la retribución de los administradores<sup>2</sup>, la determinación del grado o nivel de concreción estatutaria del régimen retributivo<sup>3</sup> y, finalmente, a la delimitación del régimen aplicable en particular a la

.....

1 Junto a este régimen general, en los últimos años se fueron introduciendo numerosas especialidades en relación con la retribución de administradores de entidades financieras (introducidas a través de una sucesión de reformas legislativas que se inició con la Ley 6/2011, de 11 de abril, desarrollada por el RD 771/2011, de 3 de junio, continuó con el Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, modificó la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros y culminó con la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito) que, en general, constituyen un avance muy sustantivo respecto al régimen general particularmente en lo que se refiere al establecimiento de límites y mecanismos de control de la retribución; sobre estas reformas pueden verse, entre otros, ORTIZ DE JUAN, J. M., «La retribución de la alta dirección de las entidades financieras: de los nuevos principios a las normas de obligado cumplimiento», *RDBB*, 123, Julio-septiembre 2011, pp. 203 a 228, GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Posibles límites a la remuneración de los administradores en un contexto de crisis económica», en ABRIANI, y EMBID IRUJO (Dirs.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Granada, 2013, p. 179 y ss. y GIRBAU PEDREGOSA, R., «Restricciones a la remuneración de administradores y directivos de entidades de crédito: modos, intervención y gobierno corporativo», *RDBB*, 129, 2013, págs. 173 y ss.

2 Cuestión que se resolvía con mayor o menor precisión en relación con las sociedades de responsabilidad limitada (en este sentido, el apartado 2 del art. 217 LSC determinaba que «en la sociedad de responsabilidad limitada, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general de conformidad con lo previsto en los estatutos») pero que incomprensiblemente todavía permanecía abierta en relación con las sociedades anónimas después de más de cincuenta años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley de sociedades anónimas de 1951.

3 A este respecto, la Ley se limitaba a exigir la constancia en los estatutos del sistema de retribución, sin mayores precisiones, lo que permitió una doctrina estricta de la DGRN y una interpretación del TS todavía más rígida que exigió que el sistema de retribución permitiese determinar con total certeza y sin margen alguno a la indeterminación, la remuneración de los administradores. Sobre esta rígida interpretación, recogida especialmente en las SSTs de 13 de noviembre de 2008, y sus riesgos pueden verse, entre otros, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., «Retribución de administradores: *ad imposibilianemotenetur!* (A propósito de dos sentencias recientes)», *Indret*, 2, 2009 o también nuestro anterior trabajo «Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima», *Rds*, 32, 2009, pp. 79 y ss. Para una síntesis reciente sobre la doctrina de la DGRN en relación con las cláusulas estatutarias sobre retribución de administradores puede verse también SÁNCHEZ RUS, H., «Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital», *La Ley Mercantil*, 14, Mayo 2015, pp. 3 y ss. y RUIZ MUÑOZ, M. «La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)», en AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael*

retribución por el desempeño de funciones ejecutivas en los casos en los que el órgano de administración se estructurase como Consejo de administración<sup>4</sup>.

A su vez, podía apreciarse una notable distancia entre el régimen legal previsto en Derecho español y el contemplado en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno; no sólo en lo que respecta al régimen vigente sino también a sus respectivas líneas de evolución, que en Derecho comparado se orientaban a la consecución de una pluralidad de objetivos relativos a aumentar y mejorar la transparencia, a introducir límites o exigencias sobre estructura y contenido de las retribuciones, o a establecer un mayor control de los accionistas y una mayor implicación de éstos en la determinación de la retribución. Por otra parte, en relación con las sociedades cotizadas, las recomendaciones de buen gobierno vigentes en nuestro país tampoco fueron eficaces para corregir las deficiencias del régimen legal. Por un lado, porque las recomendaciones relativas a la retribución se situaban año tras año entre las menos seguidas del Código Unificado<sup>5</sup> y por otro, porque resultaban insuficientes en sí mismas para evitar y corregir comportamientos inapropiados.

Esta situación, si no propiciaba, al menos no permitía impedir comportamientos abusivos. En relación con ello, en algunos momentos y como consecuencias de algunos escándalos, se llegó a extender un cierto convencimiento sobre el incumplimiento generalizado del régimen legal. En la praxis podía apreciarse falta de adaptación de los estatutos a las exigencias legales, omisión en los estatutos de sistemas retributivos o inconcreción de los previstos y, como consecuencia de ello: pago de retribuciones extraestatutarias, abusos en la utilización de ciertas modalidades retributivas, particularmente los planes de opciones, las contribuciones a planes de previsión social y las indemnizaciones por finalización en el cargo, ausencia de criterios sustantivos para la determinación de la retribución, criterios de fijación de retribuciones poco claros y transparentes, o blindajes opacos y excesivos, entre otras muchas deficiencias.



*Illescas Ortiz*, Madrid, 2015, pp. 860 a 893, en particular, pp. 864 y ss. En general, sobre la evolución del Derecho español en esta materia vid., por todos, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Retribución de consejeros y directivos: la reciente evolución en el Derecho español», en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José M<sup>a</sup>. Muñoz Planas*, Cizur Menor, 2011, pp. 704 y ss.

4 Esta cuestión trató de resolverse mayoritariamente en la doctrina y jurisprudencia sobre la base de la denominada «teoría del vínculo», en cuya virtud se entendía que la relación jurídico-mercantil derivada del nombramiento como administrador absorbía cualquier otra relación (que, por tanto, resultaba incompatible con aquélla), cualquiera que fuese su carácter (laboral, civil, mercantil), que tuviese por objeto regular el desarrollo de funciones ejecutivas o de alta dirección por el administrador, sin perjuicio de ciertas posiciones doctrinales muy solventes que cuestionaban esta posición mayoritaria (vid., en particular, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Indret*, 1, 2008).

5 Cfr. las recomendaciones 35 a 41, 57 y 58 del Código Unificado de Buen Gobierno. Algunas de las recomendaciones de buen gobierno del Código Unificado relativas a retribución de los administradores eran seguidas por menos de un tercio de las sociedades cotizadas, según se desprende de los informes elaborados por la CNMV a partir de los informes anuales de buen gobierno corporativo depositados por estas entidades (vid. nuestro anterior trabajo «La reforma del régimen legal sobre retribución de administradores de sociedades cotizadas: el informe anual de retribuciones de los consejeros y altos directivos», en *Investigación y Publicación del Centro de Gobierno Corporativo del Instituto de Empresa*, 2012, II).

A raíz de la crisis financiera que se desató en 2007, la materia relativa a la retribución de los administradores, particularmente de los consejeros ejecutivos de las entidades financieras, volvió a situarse en el centro del debate público, no sólo como consecuencia de la aparición de comportamientos abusivos como ya había ocurrido en otras ocasiones (percepción de retribuciones desproporcionadas y, en todo caso, desconectadas de la situación económica de las sociedades, fijación de criterios opacos y arbitrarios en el proceso de determinación de las retribuciones), sino porque los sistemas de retribución fueron señalados como una de las principales causas que habían conducido a dicha crisis<sup>6</sup>. De nuevo se desencadenó en la generalidad de los ordenamientos jurídicos un movimiento de reforma del régimen aplicable a las retribuciones de los administradores de las sociedades cotizadas y, muy particularmente, de los administradores de entidades financieras, no sólo dirigido a la revisión de las recomendaciones de buen gobierno corporativo relativas a esta materia<sup>7</sup> sino sobre todo a la reforma de su tratamiento legal, con una sucesión de medidas tanto a nivel nacional como supranacional.

En este sentido, en Europa, además de las recomendaciones de buenas prácticas en materia de retribuciones<sup>8</sup>, se han multiplicado las iniciativas para impulsar un cambio en la regulación de la retribución de los administradores de las sociedades<sup>9</sup>. Al mismo tiempo, en la generalidad de los países se ha afrontado –en una o varias etapas– la reforma del régimen legal con la adopción de normas que, como se ha señalado anteriormente, van



6 Vid. la Recomendación de la Comisión Europea 2009/385/CE, sobre promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de sociedades cotizadas, complementaria de las Recomendaciones 2004/913/CE, relativa a la remuneración de los consejeros de las empresas con cotización en bolsa y la 2005/162/CE, relativa a las comisiones del Consejo. La relevancia de los sistemas de retribución particularmente de las entidades financieras en relación con la generación y propagación de la reciente crisis financiera provocó que esta materia fue incluso objeto de tratamiento monográfico en la reunión del grupo de los países más industrializados y emergentes (el denominado G20), celebrada los días 24 y 25 de Septiembre de 2009 en Pittsburgh (EEUU).

7 En cualquier caso, las revisiones de los códigos de buen gobierno han incidido invariablemente en todos los países, entre otras cuestiones, específicamente también en la retribución de los consejeros de las sociedades cotizadas; vid., por ejemplo, la actualización del *Deutschen Corporate Governance Kodex* de 24 de junio de 2014, la nueva versión del Código nacional de buen gobierno italiano, aprobado el 14 de julio de 2014, la reformulación de *The UK Corporate Governance Code*, en septiembre de 2014 o la nueva versión del *Code Gouvernement d'entreprise des Sociétés Cotées*.

8 Pueden verse a este respecto la Declaración del Foro europeo sobre la gobernanza empresarial de 23 de marzo de 2009 o los Principios de alto nivel para las políticas de retribución elaborados por el *Committee of European Banking Supervisors* y los Principios del Foro de Estabilidad Financiera para unas buenas prácticas en materia de remuneración, ambos de abril de 2009.

9 Entre otras medidas puede citarse, aparte de las Recomendaciones de la Comisión Europea citadas en la nota 6 anterior, el Libro Verde elaborado por la Comisión Europea sobre el gobierno corporativo en las entidades financieras (COM (2010), 284 final, de 2 de junio de 2010) y también el *Green Paper* «The EU corporate governance framework», COM (2011), 164 final, Bruselas, 5 de abril de 2011, todos ellos con cuestiones relativas a la determinación del régimen aplicable a la retribución de las sociedades. A su vez, con fecha 9 de abril de 2014, se propuso una modificación de la vigente Directiva, sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas (Directiva 2007/36/CE), que, entre otras cuestiones, contempla el carácter vinculante de la medida «*sayonpay*» (aprobación en junta general de la política de remuneración, que incluya un límite máximo de remuneración, aplicable a los administradores cada tres años y aprobación cada año con carácter consultivo del informe anual de remuneraciones).

orientadas no sólo al aumento de la transparencia en las retribuciones percibidas por los administradores sino también a introducir medidas sobre la estructura y contenido de éstas, así como a imponer límites en algunas modalidades o sistemas retributivos, o a impulsar los mecanismos de control de las retribuciones para conseguir una mayor implicación de los socios en su determinación<sup>10</sup>.

En este período, en España, el régimen general sobre retribución de administradores experimentó una sola reforma destinada a las sociedades cotizadas y focalizada –en exclusiva– en el aumento de la transparencia de las retribuciones, medida sin duda imprescindible pero también insuficiente por sí sola<sup>11</sup>. En este sentido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible introdujo un nuevo artículo 61 *ter* en la Ley del Mercado de Valores imponiendo en sede de sociedades cotizadas el deber de formular anualmente un informe sobre las remuneraciones satisfechas al órgano de administración, norma que fue complementada y desarrollada mediante la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad 416/2013, de 20 marzo y de la Circular CNVM 4/2013, de 12 de junio. En su conjunto, ésta supuso un aumento muy significativo de las exigencias de transparencia en relación con la retribución de los administradores en este

.....

10 Cfr., por ejemplo, en Alemania la *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung* (VorstAG), de 31 de julio de 2009, dirigida no sólo a aumentar la transparencia de las retribuciones percibidas sino también, por un lado, a corregir la tendencia hacia la fijación de objetivos que incentivan una gestión arriesgada a corto plazo y, por otro, a fomentar la sostenibilidad de las empresas sobre la base de incentivos a la remuneración que se dirijan a fomentar una gestión duradera y a largo plazo, a la vez que, paralelamente, se intensificó la responsabilidad de los miembros del Consejo de Vigilancia en su condición de órgano competente para fijar la retribución de los miembros de la Dirección al imponerles un régimen más estricto en la fijación de una remuneración adecuada e, incluso, el deber de reducir la remuneración a través de rigurosas normas de responsabilidad por el incorrecto cumplimiento de estas obligaciones. En el Reino Unido el proceso de reforma, originado a partir del movimiento de activismo accionarial conocido como «*shareholders' spring*», cristalizó con la aprobación el 25 de abril de 2013, de la *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*, cuyos cambios más relevantes han sido el de someter la política de retribuciones al voto de la junta general cada tres años (de forma autónoma y separada del informe anual de retribuciones) y exigir que las indemnizaciones por cese deban ser conforme a la política de retribuciones aprobada o sometida a la aprobación de los accionistas, contemplando igualmente posibles restricciones al pago de retribuciones y las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de un pago no autorizado (normativa que se ha complementado con otra norma, *The Large and Medium-sized Companies and Groups (Accounts and Reports) (Amendment) Regulations 2013*, que determina cómo debe presentarse la información relativa a la retribución de los administradores incluido el informe que debe ser aprobado por la junta general). Por su parte, en Francia se han introducido una serie sucesivas de reformas legislativas de distinta trascendencia y alcance (cfr., entre otras, la Ley 2001-420, de 15 de mayo de 2001, relativa a las nuevas regulaciones económicas, la Ley 2003-706, de 1 de agosto de 2003, de seguridad financiera, la Ley 2005-842, de 26 de julio de 2005, por la confianza y modernización de la economía, la Ley 2006-1170, de 30 de diciembre de 2006, por el desarrollo de la participación y del accionariado asalariado, la Ley 2007-1123, de 21 de agosto de 2007, en favor del trabajo, del empleo y del poder adquisitivo, o los Decretos 2009-348, de 30 de marzo de 2009, relativo a las condiciones de remuneración de los directivos de empresas ayudadas por el Estado o beneficiarias de soporte del Estado como consecuencia de la crisis económica y de los responsables de empresas públicas y 2009-445, de 22 de abril de 2009, relativo a la modernización del funcionamiento de los fondos de desarrollos económico y social). En Italia, las reformas se han concentrado, en particular, en el Decreto Legislativo 259, de 30 de diciembre de 2010, sobre transposición de las Recomendaciones de la Comisión Europea 2004/913/CE y 2009/385/CE en materia de administradores de sociedades cotizadas. Y, finalmente, en EEUU debe citarse, fundamentalmente, la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, de 5 de enero de 2010.

11 Sobre la trascendencia de la transparencia como mecanismo de control de la retribución vid., por todos, J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)», *RdS*, 28, 2007, pp. 19 a 58.

subtipo de sociedad de capital, aunque también adoleciera de algunos defectos como: falta de precisión en relación con la información sobre ciertos sistemas de retribución, desorden sistemático, o ausencia de referencia a algunos sistemas retributivos. Pero, sobre todo, presentaba una evidente desconexión con el régimen legal contenido en la LSC<sup>12</sup>.

Paralelamente y sin perjuicio de esta reforma puntual, en la praxis y en relación con las grandes sociedades (cotizadas) podía apreciarse un incremento sostenido de las retribuciones de los administradores sin correspondencia con la evolución de los resultados de las compañías ni tampoco de las cotizaciones de los valores representativos de su capital<sup>13</sup>. Esto, unido a la reducción de beneficios, provocó un aumento del peso específico de los salarios en el resultado de las compañías<sup>14</sup>, al margen de incrementarse la diferencia porcentual media entre las retribuciones satisfechas a los administradores y las percibidas por el conjunto de los trabajadores de cada sociedad<sup>15</sup>. Debe advertirse, no obstante, que los beneficios de las sociedades comenzaron a repuntar de nuevo en 2013 e, igualmente, también que la cotización bursátil ha aumentado entre tanto las retribuciones de los administradores se han contenido o, incluso, han disminuido. Pero también que ello se ha producido tras un período de más de siete años de intensa crisis económica y de extraordinaria presión social y política sobre la retribución percibida por los administradores de las grandes sociedades.



12 Así, ese nuevo régimen, particularmente el contenido en el desarrollo reglamentario, se refería a la necesidad de informar sobre aspectos de la retribución que iban más allá de lo exigido en la disposición legal que imponía la obligación de elaboración del informe y que no se correspondían con exigencias del régimen legal sobre retribución de administradores de sociedades cotizadas. Es decir, se exigía informar sobre la adopción de ciertas medidas (para garantizar que la política de remuneración de los consejeros atiende a los resultados a largo plazo de la sociedad, para establecer un equilibrio adecuado entre los componentes fijos y variables, para fijar la retribución de aquellas categorías de personal cuya actividad tenga repercusión en el perfil de riesgos de la entidad, para reclamar la devolución de componentes variables de la retribución cuando se hayan pagado atendiendo a datos inexactos, para evitar conflictos de interés) pero ninguna norma legal imponía a las sociedades cotizadas el deber de adoptar dichas medidas.

13 En 2011, en las sociedades del IBEX35 la retribución de los consejeros aumentó, por término medio, un 5 por 100 (la de los consejeros ejecutivos, un 8,3 por 100) y en 2012, un 5,05 por 100, un incremento que no guarda correlación con la evolución de los resultados de las compañías (las del IBEX35 experimentaron un descenso del 33,9 por 100 en 2011 y del 57,67 por 100 en 2012) ni con la evolución de las cotizaciones de los valores representativos de su capital (con una caída del 13,37 por 100 en 2011 y del 6,38 por 100 en 2012). Los datos contenidos en el informe CNMV sobre IAGC de 2012 contradicen en parte estos resultados pues ahí se afirma que en 2012 la retribución ha aumentado sólo un 1 por 100 y ello obedece a una indemnización puntual de una compañía (que pagó 24,7 millones de euros); sin contar esta operación excepcional, la retribución media habría disminuido un 5,5 por 100.

14 El peso específico de las retribuciones en los resultados de las compañías pasó de representar un 0,6 por cien del beneficio en 2007, a un 0,9 por cien en 2011, con incrementos porcentuales espectaculares en algunos casos en los que se duplicó e, incluso, triplicó dicho porcentaje.

15 En España, un estudio realizado por el sindicato CCOO en 2011 indicaba que la ratio había pasado de ser 76,4 veces el salario promedio de los trabajadores de la compañía a 83,6 veces. En otros países, esta diferencia provocó iniciativas dirigidas a limitar la retribución de los directivos de las grandes sociedades (así, en Suiza la iniciativa 1:12, surgida como consecuencia de que el salario medio de los directivos de las sociedades cotizadas suizas es 73 veces superior al salario medio de los trabajadores peor pagados de la compañía, se resolvió con un referéndum que finalmente no prosperó –el resultado del referéndum celebrado el día 24 de noviembre de 2013 fue el rechazo de la iniciativa con el 65 por 100 de los votos–).

En suma, no parece cuestionable que –atendiendo a la situación del Derecho positivo en España, a los problemas de aplicación e interpretación que planteaba el régimen legal y a las disfunciones que se apreciaban en la praxis– resultaba absolutamente necesario y urgente abordar la reforma del régimen legal sobre retribución de administradores. y todo ello aunque las últimas reformas –las dirigidas a las sociedades cotizadas y, muy especialmente, a las entidades financieras– hubiesen implicado una cierta mejoría de la situación<sup>16</sup>. Esta reforma finalmente se ha llevado a cabo a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo. Ha supuesto una profunda modificación del régimen contemplado en la Ley de sociedades de capital con carácter general para todas las sociedades de capital y también, en particular, de las especialidades previstas para las sociedades cotizadas –régimen éste último que se complementa con las recomendaciones de buen gobierno en materia de retribución para sociedades cotizadas contenidas en el nuevo Código de Buen Gobierno (CBG) aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en Febrero de 2015. Con posterioridad a esta importante reforma se ha introducido también una modificación, de menor entidad pero igualmente muy significativa, en el régimen sobre transparencia de la retribución de los administradores en sociedades no cotizadas mediante la reforma del art. 260 LSC relativo a la delimitación del contenido de la memoria que forma parte de las cuentas anuales como consecuencia de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas<sup>17</sup>.

A partir de estas consideraciones introductorias, en el presente trabajo nos proponemos ofrecer una breve síntesis de estas reformas, señalando las que a nuestro juicio constituyen sus principales deficiencias de técnica y política jurídicas y prestando especial atención a las relativas a las modalidades de retribución variable en la perspectiva de valorar si, en relación con éstas, el nuevo régimen puede suponer un avance significativo en relación con la funcionalidad de los sistemas de retribución variable como mecanismo de incentivo del desempeño del cargo administrador, particularmente en el caso de consejeros ejecutivos.



16 En este sentido, por ejemplo, las medidas introducidas en España sobre limitación de la retribución de los consejeros de las entidades financieras que han recibido ayuda pública (estableciendo un límite cuantitativo máximo para los ejecutivos de entidades participadas situado en 500.000 euros anuales y en 300.000 si la participación pública es mayoritaria), han implicado una reducción de las retribuciones de estos administradores de entre un 20 y un 50 por 100 de la que venían percibiendo (como media, la cúpula de los ocho grupos de entidades financieras participadas por el Estado ha cobrado en 2012 un 35,4 por 100 menos que en 2011 –de 34,7 millones pasó a 22,4 millones–).

17 La disposición final cuarta, apartado cinco, de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (B.O.E. 21 julio) ha dado nueva redacción al artículo 260 LSC aplicable a los estados financieros que se correspondan con los ejercicios que comiencen a partir de 1 de enero de 2016 y cuya entrada en vigor se prevé para el próximo día 17 de junio de 2016.

## 2. LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES A TRAVÉS DE LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y DEL NUEVO CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO

### 2.1 Aspectos básicos de la reforma. Principales defectos de técnica y política jurídica del nuevo régimen legal sobre responsabilidad de administradores

La reforma introducida en la Ley de sociedades de capital a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en materia de retribución de los administradores parte de la diferenciación entre el régimen general aplicable a todas las sociedades de capital (arts. 217 a 219 y 249 LSC) y las especialidades previstas en exclusiva para las sociedades cotizadas (arts. 529 *sexdecies* a 529 *novodecies* LSC). A su vez, el régimen general ha de completarse con las normas sobre transparencia de las retribuciones contenidas en el artículo 260 LSC que también han sido modificadas, si bien no por la Ley 31/2014, sino por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas. Y, por su parte, el régimen especial previsto para las sociedades cotizadas se integra también por unas normas especiales de transparencia (art. 541 LSC) y se complementa con las recomendaciones contenidas en el nuevo Código de buen gobierno, de febrero de 2015 (recomendaciones 56 a 64). Al margen de esta diferenciación entre un régimen aplicable con carácter general a todas las sociedades de capital y un régimen especial para las sociedades cotizadas, el nuevo tratamiento normativo de la retribución de los administradores establece igualmente una distinción, cuyo alcance resulta especialmente controvertido, entre la retribución de los administradores «*en su condición de tales*» (expresamente mencionada en el art. 217, apartados 2 y 3, y en el art. 529 *septdecies* LSC) y la retribución «*por el desarrollo de funciones ejecutivas*» (contemplada en los arts. 249 y 529 *octodecies* LSC).

Las diferencias entre el régimen aplicable con carácter general a las sociedades de capital y las especialidades previstas para las sociedades cotizadas son notables y comienzan con el propio punto de partida del régimen sobre retribución que sigue siendo el principio de gratuidad para las sociedades de capital en general (art. 217.1 LSC)<sup>18</sup> pero que, en

.....

18 Con carácter general, la doctrina ha entendido que este principio no se corresponde con el carácter profesional con el que se configura el cargo de administrador en la LSC y el riguroso régimen de responsabilidad previsto (vid., entre otros, TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, 1998, pp. 29 y 119 y ss.; JUSTE MENCÍA, J., «Retribución de consejeros», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 497 a 536, en particular, p. 499; MARTÍNEZ SANZ, F., «Artículo 130. Retribución», en ARROYO, I. y EMBID IRUJO, J. M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 2001, II, pp. 1283 y ss., en particular, p. 1344, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2007, p. 248), sin perjuicio de quienes entienden que

cambio, para las sociedades cotizadas viene constituido por el carácter necesariamente retribuido del cargo de consejero o miembro del órgano de administración (art. 529 *sexdecies* LSC), aplicable salvo previsión estatutaria expresa en sentido contrario<sup>19</sup>. A partir de ello, en el régimen general aplicable a todas las sociedades de capital, ahora en su mayor parte común a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada<sup>20</sup>, se ha mantenido la exigencia de constancia estatutaria del sistema de remuneración aunque se discuta si esta exigencia alcanza únicamente a los conceptos de retributivos a través de los cuales se satisfaga la retribución a los administradores «*por su condición de tales*» o si también resulta aplicable en relación con la retribución «*por el desarrollo de funciones ejecutivas*». A su vez, se establece la competencia de la junta general para determinar el límite máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, medida ésta sí referida expresamente a la retribución de los administradores «*en su condición de tales*», y se fijan unos parámetros o criterios generales de orientación del sistema de retribución<sup>21</sup>, aun cuando sea cuestionable el alcance de esta previsión y los medios para el control de su cumplimiento<sup>22</sup>. El régimen se complementa con dos normas relativas a dos conceptos re-



la opción por el principio de gratuidad quizás sea menos gravosa e imprevisible que la contraria (así FARRANDO MIGUEL, I., «La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos», en *Rds*, 27, 2006, pp. 355 a 435, en particular, p. 379). Siendo el principio de gratuidad el punto de partida, no debe haber inconveniente en admitir cláusulas estatutarias que determinen el carácter gratuito del cargo para unos administradores y retribuido para otros, en atención a las funciones desempeñadas (así también SÁNCHEZ RUS, H., «Las cláusulas estatutarias...», cit., p. 11).

19 Ello determina que, en sociedades cotizadas, sea necesaria la incorporación a los estatutos sociales de la cláusula relativa a la retribución de los administradores bien para establecer el carácter gratuito del cargo o bien para establecer el concreto sistema retributivo (vid. SÁNCHEZ RUS, H., «Las cláusulas estatutarias...», cit., p. 6).

20 La reforma ha suprimido algunas de las diferencias de régimen en materia de retribución de administradores existentes entre sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que eran muy significativas. Así, por ejemplo, en materia de determinación del órgano competente para la fijación de la retribución, el art. 217.2 LSC, en su versión anterior a la reforma, atribuía dicha competencia a la junta general en sociedades de responsabilidad limitada lo cual, obviamente, no obedecía a la existencia de diferencias tipológicas entre SA y SRL que justificasen esa atribución competencial sino a la distinta génesis de estas normas. Se mantienen, no obstante, las diferencias en relación con la regulación de la retribución consistente en una participación en los beneficios de la sociedad (art. 218 LSC).

21 A este respecto, el art. 217.4 LSC determina que la remuneración de los administradores «*deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables*», a lo que se añade que el sistema de retribución «*deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables*».

22 La norma contiene dos partes claramente diferenciadas; de un lado, establece unos límites flexibles aunque quizás también excesivamente genéricos, que podrían servir de base para evitar retribuciones manifiestamente desproporcionadas, sin perjuicio de las dificultades para su aplicación en el caso concreto (¿cómo se determina la «*importancia de la sociedad*»? ¿cuáles son los «*estándares de mercado de empresas comparables*?»), e impone elementos específicos que debe contener el sistema de retribución («*cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables*») que parecen pensados exclusivamente para ciertos tipos de sociedades de capital (sobre todo, sociedades cotizadas y sociedades que actúen en el mercado financiero) y también para determinados sistemas de retribución (singularmente, la participación en beneficios) y que, por ello, muy probablemente no serán generalizados en el conjunto de sociedades de capital; de otro lado, introduce medidas puramente programáticas de todavía más difícil concreción («*promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad*»). Al margen de estas dificultades, debe reconocerse que la introducción de estos criterios supone proporcionar un título de intervención judicial sobre la legalidad de la remuneración de los administradores (FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El misterio de la remuneración...», cit., p. 226) sin perjuicio de que se fundamente en meras orientaciones generales construidas sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados que, en todo caso,

tributivos, la participación en beneficios y la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, en cuya regulación se han introducido ciertas modificaciones que analizaremos posteriormente<sup>23</sup>, y con una medida de transparencia que se limita a las indicaciones que deben contenerse en la memoria que forma parte de las cuentas anuales (art. 260 LSC). Adicionalmente, no en sede del régimen sobre retribución de administradores sino en el marco de la regulación de la facultad de delegación del Consejo de administración, se impone la exigencia de celebración de un contrato entre la sociedad y el consejero a quien se deleguen competencias del Consejo «o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título», contrato que deberá detallar los conceptos retributivos para satisfacer la retribución por el desarrollo de dichas funciones y que deberá ser aprobado por el Consejo de administración según el procedimiento previsto en el propio art. 249 LSC.

A partir de este régimen general, los aspectos más destacados en los que se materializa el régimen especial para sociedades cotizadas se refieren a la transparencia sobre las retribuciones y a la implicación de los accionistas en la fijación de la retribución de los consejeros. Por lo que respecta al primer aspecto, tras la reforma se ha incorporado a la LSC el régimen sobre elaboración y publicación de un informe anual sobre retribuciones que anteriormente se contenía en la Ley del Mercado de Valores (art. 541 LSC). Por su parte, respecto a la mayor implicación de los accionistas en la determinación de la retribución de los administradores, como principal novedad en el régimen especial aplicable en sociedades cotizadas, se establece el deber legal de elaborar una política de retribuciones que se impone al Consejo de Administración de las sociedades cotizadas y la obligación de someter dicha política a la aprobación de la Junta General con una periodicidad máxima de 3 años (art. 529 *novodecies* LSC). La Ley también determina el contenido mínimo que ha de contener dicha política en el que se incluye el importe máximo de la remuneración a satisfacer al conjunto de los administradores «por su condición de tales» y, por lo que respecta a la retribución que la sociedad satisfaga a sus consejeros «por el desarrollo de funciones ejecutivas», la cuantía de la retribución fija anual y su variación, los parámetros para la fijación de la retribución variable y las condiciones principales de los contratos celebrados entre la sociedad y los consejeros que desarrollen dichas funciones.

La confrontación del régimen establecido con carácter general para todas las socieda-



también permitirán al juez ponderar la adecuación de las retribuciones acordadas con el interés social en el marco de un proceso de impugnación del acuerdo de fijación de la retribución de los administradores sociales. En este sentido, es dudoso que la fijación legal de dichos criterios permita prescindir de la valoración de la conformidad de una determinada retribución con el interés social en orden a determinar su licitud (de hecho, los criterios contemplados en el apartado 4 del art. 217 LSC parecen descansar en una determinada concepción del interés social que es la que con carácter general se acoge para las sociedades cotizadas –cfr. la Recomendación 12 del Código Unificado de Gobierno Corporativo: «consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa»– pero que no es necesariamente extensible al conjunto de las sociedades de capital).

23 Al respecto, véase el apartado siguiente.

des de capital con el régimen especial previsto para las sociedades cotizadas pone de manifiesto diferencias muy significativas en relación con la transparencia de las retribuciones y con los medios de control de los socios<sup>24</sup>. Si se analizan los documentos preparatorios de la reforma<sup>25</sup>, se extrae la conclusión de que el diseño de la nueva regulación se ha realizado contemplando exclusiva o preferentemente a las sociedades cotizadas<sup>26</sup>. A este respecto, es cierto que las retribuciones de los consejeros, especialmente de los consejeros ejecutivos, de las grandes sociedades, particularmente de las cotizadas planteaban el principal problema. Pero ello no significa que el régimen legal anterior a la reforma fuese adecuado para regular las retribuciones de los administradores en sociedades no cotizadas<sup>27</sup>. Por

.....

24 En materia de transparencia, en relación con las sociedades cotizadas, se incorpora a la LSC la exigencia de elaboración de un informe anual de retribuciones, que ya se contenía en la LMV y que había sido objeto de desarrollo reglamentario (cfr. la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad 416/2013, de 20 de marzo y la Circular CNMV 4/2013, de 12 de junio), documento que proporciona una información muy detallada e individualizada de las retribuciones percibidas, por todos los conceptos, por cada uno de los miembros del órgano de administración y que debe someterse a votación consultiva de los accionistas (la votación, que sigue teniendo un carácter meramente consultivo, si bien con la reforma se ha añadido que el rechazo del informe determina ahora la obligación de revisar la política de remuneraciones elaborada por el consejo de administración). En cambio, para las sociedades no cotizadas, el régimen de transparencia se compone exclusivamente de la medida contenida en el art. 260 LSC en cuya virtud se exige que, en la memoria que forma parte de las cuentas anuales, se haga constar «el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección», exigencia que tras la entrada en vigor el próximo 17 de junio de la modificación introducida por la Ley 22/2015, de 22 de julio, de auditoría de cuentas, se mantiene prácticamente en los mismos términos con una específica previsión en relación con la inclusión en la memoria del pago por la sociedad de la prima del seguro de responsabilidad civil de administradores sociales; en todo caso, antes de la reforma y tras ésta, las informaciones relativas a las retribuciones percibidas por los miembros del órgano de administración han de proporcionarse «de forma global por concepto retributivo» lo que, por tanto, no permite conocer la retribución percibida individualmente por cada uno de los miembros del órgano de administración y de la alta dirección. A su vez, la modificación introducida tiene un aspecto adicional que puede significar una reducción todavía mayor del nivel de transparencia de las retribuciones satisfechas a los miembros del órgano de administración y al personal de alta dirección en las sociedades no cotizadas respecto al existente con anterioridad a la misma: tras dicha reforma, la mención relativa a las retribuciones satisfechas (que se recoge en la indicación undécima del art. 260 LSC) ya no se incluye entre las menciones que necesariamente han de incluirse en la memoria también en caso de sociedades que puedan formular balance abreviado (art. 161 LSC) por lo que, a salvo de que del desarrollo reglamentario pueda derivarse otra conclusión, en principio la indicación relativa a las retribuciones satisfechas no constituye contenido necesario de la memoria en todo caso, lo que puede permitir que la misma se omita en las memorias elaboradas por el numeroso conjunto de sociedades que pueden formular balance abreviado según los criterios establecidos en el art. 257 LSC. Por lo que respecta a los medios de control de las retribuciones por los accionistas, la cuestión se plantea sobre todo en relación con la retribución por el «desarrollo de funciones ejecutivas», que analizamos a continuación, en relación con la cual, en sede de sociedades cotizadas, se prevé que los principales aspectos de los contratos con consejeros ejecutivos se incluyan en la política de retribuciones que ha de elaborar el consejo de administración y someter a la aprobación de la junta general, al menos, cada tres años; en cambio, en relación con las sociedades no cotizadas, no se exige la elaboración de una política de retribuciones que deba someterse a la aprobación de la junta general por lo que los socios no tienen mecanismos, no ya para controlar las retribuciones que se satisfacen a los consejeros ejecutivos, sino ni tan siquiera para conocer cuáles han sido dichas retribuciones.

25 Basta a este respecto con la atenta lectura del apartado 4.10 del Informe de la Comisión de Expertos que ha inspirado (o directamente ha determinado) el contenido de la Ley 31/2014.

26 Al menos en relación con la determinación del régimen sobre retribución, éste es el modelo de compañía que ha tomado en consideración el legislador (en parecido sentido SÁNCHEZ RUS, H., «Las cláusulas estatutarias...», cit., p. 20 y DE ALARCÓN ELORRIETA, M<sup>a</sup> L., «Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas», *La Ley Mercantil*, 14, Mayo 2015, p. 4).

27 Una acertada y actual síntesis de los problemas que la retribución de los administradores plantea en las sociedades cerradas puede verse en FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma», en *RDM*, 297, julio–septiembre 2015, pp. 199 a 248; también puede verse LEÓN SANZ, F., «Artículo 217...», cit., p. 279.

ello, sin perjuicio de atender las especificidades que puedan plantearse en el supuesto de sociedades cotizadas, la reforma debería haberse planteado tomando en consideración las sociedades de capital en general para, a partir de ello, determinar qué especialidades o qué medidas adicionales podrían ser necesarias en el ámbito de las sociedades cotizadas.

Sin embargo, el proceso que ha llevado a la reforma parece haber sido el inverso: se ha fijado el régimen que se consideraba adecuado para sociedades cotizadas y, después de ello, se ha separado una parte que se ha estimado podría resultar aplicable a todas las sociedades de capital<sup>28</sup>. La división es arbitraria y, sobre todo, determina que algunas de las medidas que se ha considerado conveniente generalizar a todas las sociedades de capital no se entiendan, o resulten incompletas, sin las que se han previsto con carácter especial únicamente para las sociedades cotizadas. Particularmente, los mecanismos de control y transparencia que se prevén para sociedades cotizadas (aprobación de la política de retribuciones e informe anual sobre retribuciones), más allá de su eficacia para resolver los problemas que se plantean en estas sociedades, no se prevén sin embargo en relación con las sociedades no cotizadas en las que, en consecuencia, se pone de manifiesto un déficit de protección de los socios en relación con la fijación de la retribución de los administradores<sup>29</sup>.

Con todo, la clave del nuevo régimen radica en la distinción entre la retribución que pueden percibir los administradores «*en su condición de tales*» (art. 217, apartados 2 y 3, y art. 529 *septdecies* LCS) y las que las sociedades pueden satisfacer «*por el desempeño de funciones ejecutivas*» (art. 249, apartado 4 y art. 529 *octodecies* LSC) cuyo alcance e interpretación se ha convertido en la cuestión central en relación con su aplicación. Las diferencias en el tratamiento de una y otra retribución son muy sustantivas. Así, mientras que, en principio, para la fijación de la retribución de los administradores «*por su condición de tales*» parece ser competente la Junta general<sup>30</sup>, la retribución por el desempeño de funciones ejecutivas se

.....

28 Como señala gráficamente FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El misterio de la retribución...», cit.

29 En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El misterio de la remuneración...», cit., pp. 212 y 226 y ss., habla de un «notable malbaratamiento del régimen tuitivo de la minoría» o directamente de un «envilecimiento de la posición del socio minoritario» en las sociedades no cotizadas; véase también RUIZ MUÑOZ, M., «La retribución de los administradores...», cit., pp. 888 y 889. A este respecto, debe tenerse en cuenta que según estudios empíricos realizados por la doctrina económica, el principal problema de supervisión de la retribución de la dirección de las sociedades, incluso en las sociedades cotizadas, radica en el conflicto entre accionistas mayoritarios y minoritarios (vid., con otras referencias, ARRONDO, R. G.; MÉNDEZ, C. F., y RODRÍGUEZ, E. F., «Influencia de la estructura de gobierno corporativo sobre la remuneración de los consejeros en el mercado español», *Información Comercial Española ICE: Revista de Economía*, 844, 2008, pp. 187 a 203, M. E. LUCAS PÉREZ y J. S. BAIXAULI SOLER, «Supervisión del consejo de administración y estructura de propiedad como determinantes de la retribución de la alta dirección», en *Fundación para el Análisis Estratégico y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Empresa (FAEDPYME) International Review*, 2, 2012, pp. 40 a 52, en particular, p. 50 y SÁNCHEZ MARÍN, G.; BAIXAULI SOLER, J. S., y LUCAS PÉREZ, M. E., «Retribución de los altos directivos y gobierno corporativo en las empresas cotizadas españolas», *Universia Business Review*, primer trimestre 2013, pp. 16 a 31).

30 Para las sociedades de capital en general, el art. 217, apartado 3 LSC, determina que el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general. Por su parte, para las sociedades cotizadas, el art. 529 *septdecies* LSC establece que esta retribución deberá venir determinada por la política de retribuciones, que ha de someterse a aprobación de la Junta general al menos cada tres años, y deberá incluir necesariamente el importe máximo de la remuneración anual a satisfacer al conjunto de los consejeros en esa condición.

plantea únicamente en los casos en los que la administración de la sociedad se organiza bajo la forma de Consejo de administración, atribuyéndose a este órgano la competencia para determinarla<sup>31</sup>. Por otra parte, la exigencia de constancia estatutaria del concepto o conceptos retributivos a través de los cuales se satisfaga la retribución, se impone expresamente para la retribución de los administradores «*en su condición de tales*» (art. 217, apartado 2, LSC), como consecuencia de lo cual se ha interpretado que esta exigencia no alcanza a los conceptos retributivos que se utilicen para satisfacer la retribución a los administradores por el «*desempeño de funciones ejecutivas*», aun cuando ello haya sido cuestionado desde otras posiciones que defienden una interpretación uniforme de esta exigencia para cualquier tipo de retribución que se satisfaga a los administradores<sup>32</sup>, diferencia de criterios que se ha planteado también en las primeras decisiones de los órganos judiciales y administrativos relativas a la aplicación de la reforma en materia de retribución de administradores<sup>33</sup>.

Al margen de esta cuestión, se plantean diversas dudas interpretativas comenzando por la propia delimitación exacta de qué ha de entenderse por el «*desempeño de funciones*

31 Cfr. art. 249, apartados 3 y 4, LSC y, para las sociedades cotizadas, art. 529 *octodecies* LSC, en el que no obstante se señala que, en la política de remuneraciones (que, como indicábamos anteriormente, debe ser aprobada por la junta general al menos cada tres años), debe contemplarse la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política se haga referencia, «*los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización*». En todo caso, dentro del marco establecido en la política de retribuciones, corresponde al propio Consejo de administración determinar la retribución de los consejeros por el desarrollo de funciones ejecutivas (art. 529 *octodecies*, apartado 2, LSC).

32 El nuevo régimen ha sido objeto de interpretaciones no ya distintas, sino directamente opuestas; así, para unos autores, la retribución que perciben los administradores «*por el desarrollo de funciones ejecutivas*» no queda sometida a las previsiones contenidas en el art. 217 LSC en lo relativo a la gratuidad del cargo (por tanto, los administradores podrían percibir retribución por dichas funciones aunque el cargo fuese gratuito) y a la constancia estatutaria de los conceptos retributivos (de modo que los conceptos retributivos mediante los cuales se satisfaga la retribución a los administradores por el desarrollo de funciones ejecutivas no deben figurar en los estatutos sociales sino únicamente en los contratos que celebren los administradores con la sociedad en virtud de lo previsto en el art. 249 LSC). Frente a ello, para otros autores, no cabe exonerar a estas retribuciones del régimen previsto en el art. 217 LSC y, en consecuencia, no cabrá satisfacer retribución en caso de que el cargo sea gratuito e, igualmente, tampoco por conceptos retributivos que no figuren previamente en los estatutos sociales. Sobre estas distintas interpretaciones puede verse el debate que se recoge en el blog del Prof. Alfaro (derechomercantilesana.blogspot.com), de 24 de marzo de 2015; en trabajos ya publicados, para la primera interpretación vid. RUIZ MUÑOZ, M., «La retribución de los administradores...», cit., p. 889, LEÓN SANZ, F., «Artículo 217...», cit., pp. 279 y 280, CAMPINS VARGAS, A., «Dudas interpretativas del nuevo régimen de retribución de los administradores en la Ley 31/2014», en *Almacén de Derecho*, entrada de 9 de marzo de 2015 y JUSTE MENCÍA, J. y CAMPINS VARGAS, A., «La retribución de los consejeros delegados o de los consejeros con funciones ejecutivas. El contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad (arts. 249.3 y 4 y 529 octodecies LSC)», en RODRIGUEZ ARTIGAS, F.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; QUIJANO GONZÁLEZ, J.; ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L. y ESTEBAN VELASCO, G. (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, 2016, pp. 757 y ss. y, para la segunda, L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El misterio de la remuneración...», cit., pp. 240 y ss., y «Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de la junta del artículo 217 LSC», *La Ley Mercantil*, 18, octubre 2015, DE ALARCÓN ELORRIETA, M<sup>a</sup>. L., «Otra vuelta de tuerca...», cit., y SÁNCHEZ RUS, H., «Las cláusulas estatutarias...», cit., pp. 21 y 22.

33 Así la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha inclinado por la primera posición considerando que los conceptos retributivos correspondientes al desempeño de funciones ejecutivas no han de constar expresamente en los estatutos sociales (Resolución de 30 de julio de 2015), mientras que unas primeras resoluciones judiciales a este respecto se pronuncian en sentido contrario (en este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 9, de Barcelona, de 27 de noviembre de 2015 (sentencia número 241/2015).

*ejecutivas*»<sup>34</sup>, la propia consideración de la retribución satisfecha a los administradores por el desempeño de estas funciones como retribución de administradores en sentido estricto y, en relación con ello, el alcance del principio de gratuidad del cargo o el ámbito de aplicación de los criterios o parámetros para la fijación de la retribución previstos en el art. 217.4 LSC y de las reglas especiales para la retribución mediante participación en beneficios (art. 218 LSC) o de la vinculada a las acciones de la sociedad (art. 219 LSC). A su vez, específicamente en relación con la retribución por el desempeño de funciones ejecutivas se vuelve a plantear el problema de la compatibilidad entre las distintas relaciones que puedan vincular al administrador con la sociedad<sup>35</sup>. En suma, un amplio conjunto de dudas e incertidumbres que ponen de manifiesto, cuando menos, que la reforma en este aspecto no ha sido suficientemente precisa.

En todo caso, al margen de las dudas interpretativas derivadas de su falta de precisión técnica, el nuevo régimen plantea también problemas de política jurídica muy relevantes. En este sentido, no siendo cuestionable que la retribución por el desempeño de funciones ejecutivas puede necesitar un tratamiento normativo especial o diferenciado (a partir del régimen general sobre retribución de administradores), la reforma introducida en 2014 ha acabado por generar un problema muy grave en las sociedades no cotizadas relativo al control de las retribuciones y a la protección del socio minoritario en relación precisamente con las retribuciones satisfechas por el desarrollo de funciones ejecutivas, como consecuencia del distinto régimen en materia de transparencia y control de las retribuciones.

## **2.2. En particular, la reforma del régimen aplicable a determinadas modalidades de retribución variable**

### *2.2.1. Modificaciones del régimen legal*

La reforma de la LSC –realizada en 2014 en relación con el régimen general sobre retribución de administradores– se complementa con las modificaciones introducidas en el régimen previsto para dos sistemas de retribución variable, la participación en beneficios y la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad que, en general, han permitido

.....

34 Al respecto vid., por todos, JUSTE MENCÍA/CAMPINS VARGAS, «La retribución de los consejeros delegados...», cit., pp. 769 y ss.

35 Problema que, según la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, debía resolverse sobre la base de la conocida «teoría del vínculo» a la que nos referíamos anteriormente (vid. nota 4; para un análisis detenido del estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia puede verse, por todos, FARRANDO MIGUEL, I., «La retribución de administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo», *Rds*, 32, 2009, pp. 97 y ss.; más recientemente pueden verse, entre otros, SÁNCHEZ RUS, H., «Las cláusulas estatutarias...», cit., pp. 3 y ss. y RUIZ MUÑOZ, M., «La retribución de los administradores...», cit., pp. 860 y ss.).

resolver algunas de las cuestiones que estos mecanismos de retribución planteaban bajo el régimen anterior o han mejorado su aplicación particularmente en relación con las sociedades anónimas. En este sentido, en caso de retribución consistente en una participación en beneficios, se exige ahora que los estatutos concreten la participación o el porcentaje máximo de la misma (y en este último caso, será la junta general la que determine el porcentaje a aplicar dentro del máximo establecido en los estatutos sociales), lo que supone extender el régimen anteriormente previsto para las sociedades de responsabilidad limitada también a las sociedades anónimas y evitar así la interpretación más restrictiva del ámbito de autonomía estatutaria en relación con la determinación del porcentaje de participación en beneficios en las sociedades anónimas que se había consolidado como consecuencia del silencio legal<sup>36</sup>.

A su vez se ha concretado que, en sociedades anónimas, el dividendo mínimo que debe reconocerse a los accionistas se ha de calcular sobre el valor nominal de las acciones (véase art. 218.1 LSC). Esta modificación permite aclarar una duda interpretativa que se había planteado con el régimen anterior, que únicamente establecía como presupuesto para el nacimiento del derecho de los administradores a percibir su retribución consistente en una participación en los beneficios sociales<sup>37</sup>, el reconocimiento previo a los socios de un «*dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más alto que los estatutos hubieran establecido*». Esta norma, al margen de la propia delimitación del concepto de dividendo a estos efectos, planteaba una importante cuestión interpretativa referida a la determinación de la base de cálculo sobre la cual debía aplicarse el porcentaje del cuatro por ciento (o el tipo más alto establecido en los estatutos) para entender cumplido dicho presupuesto previo, cuestión que la doctrina mercantilista mayoritaria había resuelto interpretando que la base de cálculo venía constituida por el capital desembolsado por cada acción y no por los beneficios líquidos obtenidos en el ejercicio de referencia<sup>38</sup>. Tras la reforma, se resuelve

.....

36 Con anterioridad a la reforma, la exigencia de que el porcentaje concreto de participación en beneficios o, al menos, el porcentaje máximo, se hiciese constar expresamente en los estatutos sociales, se imponía únicamente en relación con las sociedades de responsabilidad limitada (cfr. el tenor del art. 218, apartado 1, LSC anterior a la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre). En cambio, nada se decía respecto a la determinación del porcentaje de participación en beneficios en las sociedades anónimas, lo cual había conducido a una doctrina administrativa y jurisprudencial que interpretaba que era necesario la fijación exacta en los estatutos del porcentaje de participación en beneficios, sin que pudiese establecerse por referencia a un porcentaje máximo (cfr. las SSTs de 17 de octubre de 2006, 6 de febrero de 2008 y 13 de noviembre de 2008, que asumen la doctrina a este respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado recogida, entre otras, en las RRDGRN de 26 de abril de 1989, 20 de febrero de 1991 y 6 de mayo de 1997). Ello no significa, sin embargo, que en la praxis no fuese muy frecuente encontrar cláusulas estatutarias en las que se incluía como sistema de retribución la participación en beneficios sin indicar un porcentaje concreto o estableciendo un porcentaje máximo (nos ocupamos de esta cuestión en un trabajo anterior: «Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima», *Rds*, 32, 2009, pp. 79 a 97).

37 Sobre la consideración de esta exigencia como presupuesto o *conditio iuris* del nacimiento del derecho de los administradores vid., entre otros, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pp. 373; GARRIGUES, J., *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1976, II, pp. 101; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2005, p. 269.

38 La rica argumentación ofrecida por la doctrina para fundamentar esta interpretación incorporaba considera-

esta duda aunque no en el mismo sentido propuesto por la doctrina mayoritaria, en tanto se establece que, para el nacimiento del derecho a obtener retribución por este concepto, debe haberse reconocido previamente a los accionistas «*un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido*» (art. 218.3 LSC); es decir, la base de cálculo viene constituida, a partir de la reforma, por el valor nominal de las acciones y no por el valor desembolsado por cada uno de los socios<sup>39</sup>, lo que se contrapone también al criterio legal establecido para la distribución de beneficios en sociedades anónimas<sup>40</sup>. La norma hace, por tanto, más exigente el presupuesto previo en tanto que, el reconocimiento de un dividendo de un cuatro por ciento sobre el capital desembolsado, no sería suficiente para entender cumplido dicho requisito salvo en el supuesto de desembolso íntegro.

Por su parte, en relación con la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, al margen de introducir mayor precisión en la delimitación de su ámbito de aplicación (art. 219, apartado 1, LSC)<sup>41</sup> –medida de escasa virtualidad práctica–, se ha especificado con más detalle el contenido del acuerdo que preceptivamente debe adoptar la junta general



ciones de tipo histórico-legislativo, sistemático e incluso sociológico, a parte de los propia y estrictamente jurídico-conceptuales; puede verse, entre otros, en GARRIGUES, J., *Comentarios...*, cit., pp. 91 y ss.; POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VI, Madrid, 1992, p. 211; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, cit., p. 270 y, más recientemente, OLIVENCIA, M. y SANCHO MENDIZÁBAL, L., «Sobre la base de cálculo del dividendo de los accionistas previo a la retribución de los administradores consistente en participación en beneficios», *RDM*, 271, 2009, pp. 7 a 34, con otras referencias; nos ocupamos también de esta cuestión en otro trabajo previo ALONSO UREBA/RONCERO SÁNCHEZ, «La retribución de los administradores basada en beneficios y los programas de remuneración del accionista vinculados a la entrega de acciones (*«script dividend»*)», *Rds*, 41, 2013, pp. 383 a 396).

39 Sin perjuicio de que la aclaración resulte bienvenida y permita resolver la duda que con anterioridad cabía plantear, la opción de que base de cálculo por el valor nominal en lugar de por el valor desembolsado desactiva uno de los argumentos utilizados por la doctrina para fundamentar esa interpretación. En este sentido, se entendía que, en tanto el modelo legal parte de una sociedad cuyo fin social está ligado a la idea de lucro o beneficio, el derecho a participar en las ganancias sociales que se reconoce como derecho mínimo del socio (cfr. art. 93 a LSC), constituye la contrapartida a la aportación de capital que éste realiza a favor de la sociedad, es decir, se corresponde con la idea de rentabilidad de la inversión realizada a través del capital efectivamente desembolsado. Por esta razón, cuando la ley establece como presupuesto para que los administradores puedan percibir su retribución consistente en una participación en los beneficios obtenidos, que los accionistas han de percibir una determinada remuneración (dividendo) cifrada en un concreto porcentaje, éste ha de calcularse sobre la base de la cuantía de la inversión realizada, es decir, el capital desembolsado por cada accionista (a este respecto no es casual que el tipo del 4% fijado originalmente en el art. 74 de la LSA de 1951, del que proviene el actual art. 218 LSC, se correspondiese con el tipo de interés legal del dinero vigente en ese momento –se refieren a esta cuestión, entre otros, TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, 1998, p. 182, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores...*, cit., p. 266, nota 43 y OLIVENCIA/SANCHO, «Sobre la base de cálculo del dividendo...», cit., p. 32; cfr. también la STS de 1 de julio de 1963, recogida por TUSQUETS TRÍAS DE BES, refiriéndose a que las cantidades que han de reconocerse a los accionistas como presupuesto al pago de la retribución a los administradores consistente en una participación en los beneficios, viene a cubrir «el mínimo interés legal»–).

40 Así, el art. 275, apartado 2, LSC determina que «*en la sociedad anónima la distribución de dividendos a las acciones ordinarias se realizará en proporción al capital que hubieran desembolsado*».

41 El anterior apartado 1 del art. 219 LSC establecía su ámbito de aplicación por referencia a los casos de «*retribución consistente en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones*», en tanto que, a tenor de la nueva redacción del precepto, ahora se delimita por referencia a aquellos supuestos en los que «*la retribución incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones*».

(art. 219, apartado 2, LSC). En relación con esta última cuestión, y aunque tampoco pueda afirmarse que la reforma tenga la profundidad que hubiese sido necesaria, los cambios son más significativos: así, por un lado, se ha mejorado el mandato normativo del precepto<sup>42</sup> y, por otro, se han concretado con mayor precisión los aspectos esenciales mínimos que imperativamente debe contener el acuerdo que ha de ser adoptado por la junta general para la aplicación de estos sistemas de retribución<sup>43</sup>.

Conviene en todo caso señalar, ante las dudas que se han planteado en la doctrina y también en las primeras resoluciones administrativas y judiciales sobre la aplicación del nuevo régimen de retribución en relación con la extensión de la exigencia de constancia estatutaria a la retribución reconocida a los administradores por el desarrollo de funciones ejecutivas<sup>44</sup>, que cualquiera que sea la respuesta que demos a esa cuestión (es decir, tanto si entendemos que los conceptos retributivos a través de los cuales se satisfaga la retribución por el desarrollo de funciones ejecutivas deben constar en los estatutos sociales como sino), la posibilidad de remunerar a través de los sistemas de retribución consistentes en una participación en beneficios o en la entrega de acciones o de derechos de opción o referenciadas al valor de las acciones, deberán constar en todo caso en los estatutos sociales como presupuesto de validez de su aplicación ya sea para retribuir a los administradores en su condición de tales o por el desarrollo de funciones ejecutivas. Y ello porque la exigencia de constancia estatutaria, así como el resto de límites o presupuestos, se impone en estos casos por razón de la propia naturaleza del concepto retributivo<sup>45</sup> y no por tanto en atención a las concretas funciones que se vayan a retribuir<sup>46</sup>.

.....

42 En este sentido, la versión derogada determinaba que el acuerdo de la junta general «expresará, en su caso...», lo que podía interpretarse en el sentido de que las menciones señaladas como contenido del acuerdo eran de inclusión voluntaria en el mismo. La nueva redacción tras la reforma de 2014 establece que ahora que «el acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir...», lo que ya no deja dudas de que se trata de un contenido mínimo imperativo del acuerdo correspondiente.

43 En concreto, se especifica ahora que el acuerdo deberá contener i) el número *máximo* de acciones *que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración*, ii) el precio de ejercicio *o el sistema de cálculo del precio de ejercicio* de las opciones sobre acciones, iii) el valor de las acciones que, *en su caso*, se tome como referencia y iv) el plazo de duración del *plan* (los términos en cursiva corresponden a las novedades introducidas por la reforma de 2014).

44 Sobre estas dudas véase *supra* el apartado anterior.

45 La constancia estatutaria del sistema de retribución consistente en la entrega de acciones o de opciones sobre acciones o referenciado al valor de las acciones, se impuso expresamente mediante la modificación de la entonces vigente LSA a través de la Ley 55/1999, con la finalidad de poner freno a una práctica entonces muy extendida en virtud de la que, aunque se tratase de un sistema de retribución de administradores y el régimen legal exigiese que los distintos conceptos retributivos figurasen en los estatutos sociales, las sociedades cotizadas, incluso las más importantes, venían satisfaciendo retribuciones por estos conceptos sin cobertura estatutaria alguna. En todo caso, la exigencia de constancia estatutaria previa de estos sistemas de retribución no se ha interpretado por la doctrina como una mera reiteración de la norma general en virtud de la cual, cuando el cargo de administrador es retribuido, el concepto o conceptos retributivos deben figurar en los estatutos sociales, sino como una medida con un fundamento y efectos distintos (vid., por todos, el análisis detenido y sólido que al respecto realiza MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «Procedencia y alcance de la constancia estatutaria de la retribución de los administradores de sociedades cotizadas consistente en programas de opciones sobre acciones y sistemas similares», *Rds*, 30, 2008, pp. 163-194).

46 En parecido sentido vid., por todos, LEÓN SANZ, F., «Artículo 249...», cit., pp. 514-515.

### *2.2.2. El nuevo marco de recomendaciones de buen gobierno en lo relativo a las retribuciones variables*

Como señalábamos anteriormente, el régimen sobre retribución de los administradores se complementa en sociedades cotizadas con las recomendaciones de buen gobierno corporativo vigentes en cada momento, que, en nuestro país, también han sido reformadas recientemente. En concreto, tras la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en la LSC, la CNMV ha aprobado un nuevo Código de Buen Gobierno en febrero de 2015 (CBG), que viene a sustituir al anterior Código unificado de buen gobierno aprobado en 2006 y que había sido objeto de actualización en 2013. Frente a la que había sido la práctica española en ocasiones anteriores, por primera vez la reforma de las recomendaciones de buen gobierno ha sido posterior a la reforma legal, lo que constituye un procedimiento mucho más lógico y ordenado en tanto las recomendaciones constituyen un complemento del régimen legal<sup>47</sup>.

Entre las materias objeto de las recomendaciones de buen gobierno se incluye naturalmente la relativa a la retribución de los administradores de las sociedades cotizadas que en el CBG se aborda a través de un principio (el número 25) y nueve recomendaciones (las números 56 a 64, ambos inclusive), la mayor parte de las cuales (en concreto, siete de las nueve) se dedican específicamente a cuestiones relacionadas con la retribución variable de los consejeros<sup>48</sup>. A este respecto, algunas de las recomendaciones reproducen otras contenidas anteriormente en el Código unificado, en algunos casos con modificaciones, mientras que otras constituyen novedad.

Las principales modificaciones introducidas en el nuevo CBG en relación con la retribución variable de los administradores se refieren a la delimitación del ámbito de beneficiarios de estas retribuciones, a la determinación de los componentes variables de la retribución, a las condiciones temporales del reconocimiento de retribución variable y a la previsión de cláusulas de reembolso de retribuciones. Así, se amplía la recomendación de los sistemas de retribución variable que se proponen reservar a los consejeros ejecutivos

.....

47 Los códigos de buen gobierno que han estado vigentes en España fueron elaborados por comisiones que, en algunos casos, realizaron también propuestas de reforma legal que condujeron a posteriores modificaciones del régimen aplicable a las sociedades de capital; éste fue el caso, en particular, tanto del Informe Aldama (Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y las sociedades cotizadas, de 8 de enero de 2003) como del Código unificado (Código unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, de Mayo de 2006) y no tanto del Informe Olivencia (Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, de 26 de febrero de 1998) que no elaboró al margen de las reformas legales.

48 Únicamente no se refieren a cuestiones relacionadas con la retribución variable, la recomendación núm. 56, destinada a fijar un criterio general de moderación de la cuantía de las retribuciones, particularmente de la relativa a los consejeros no ejecutivos, para evitar que pueda comprometer su independencia, y la núm. 64, referida a las indemnizaciones por resolución del contrato de administración celebrado entre la sociedad y los consejeros (ejecutivos).

añadiendo, junto a los actuales (rendimiento de la sociedad, entrega de acciones, opciones o derechos de opción y sistemas de ahorro a largo plazo), las retribuciones ligadas al rendimiento individual del consejero. En los casos en los que se permite que la retribución de consejeros no ejecutivos pueda basarse en la entrega de acciones (lo que se admite, como en la actualidad, cuando se condicione a que mantengan su titularidad hasta su cese como consejeros), se permite que el consejero pueda enajenar las acciones que, en su caso, sean necesarias para satisfacer los costes relacionados con su adquisición<sup>49</sup>.

A su vez, se especifican con mayor detalle las reglas que deben observarse para determinar los componentes variables de la retribución, exigiendo en particular: i) que no estén sujetas solamente a la evolución general de los mercados o del sector de actividad de la compañía, ii) que estén vinculadas a criterios de rendimiento predeterminados y medibles, iii) que promuevan la sostenibilidad de la sociedad a largo plazo e incluyan criterios no financieros que sean adecuados para la creación de valor a largo plazo y iv) que se configuren sobre la base de un equilibrio entre el cumplimiento de objetivos a corto, medio y largo plazo (recomendación 58 CBG). En conexión con ello, se recomienda también que el pago de una parte relevante de los componentes variables se difiera por un período de tiempo mínimo<sup>50</sup>.

Por otra parte, al margen de alguna precisión adicional en relación con el sistema de retribución basado en una participación en beneficios<sup>51</sup>, se da preferencia a un concreto sistema de retribución variable, el consistente en la entrega de acciones o de instrumentos financieros referenciados a su valor, al recomendar que un porcentaje relevante de la remuneración variable de los consejeros ejecutivos se vincule a esta forma de retribución (Recomendación 61 CBG). Y en relación con la implementación de este sistema de retribución, se propone la introducción de algunas restricciones que se echan de menos en el régimen legal correspondiente, como la limitación del porcentaje de acciones correspondientes a sistemas retributivos de las que puede disponer el consejero (no podrán transmitir acciones equivalentes al doble de su remuneración fija anual) o la fijación de un plazo mínimo para el ejercicio de los derechos de opción<sup>52</sup>.

.....

49 Cfr. Recomendación 57 CBG.

50 Vid. Recomendación 59 CBG. Del texto final de esta recomendación se ha eliminado la referencia al criterio para determinar qué ha de entenderse por «parte relevante» de la retribución que se contenía en un primer borrador del Código.

51 La Recomendación 60 CBG propone, con toda lógica, que las remuneraciones relacionadas con los resultados de la sociedad tomen en cuenta las eventuales salvedades que consten en el informe del auditor externo y minoren dichos resultados.

52 En este sentido, a tenor de la Recomendación 62 CBG, los derechos de opción «no podrán ejercitarse hasta transcurrido un plazo de, al menos, tres años desde su atribución». A este respecto, como hemos señalado anteriormente, el régimen legal se limita a exigir algunas menciones como contenido mínimo imperativo del acuerdo de la junta general que apruebe este sistema de retribución (tales como el número máximo de acciones a aplicar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones y el plazo de duración del plan), pero sin imponer requisitos sustantivos para su fijación (cfr. art. 219 LSC).

Finalmente, se recomienda que los acuerdos contractuales incluyan una cláusula de reembolso de los componentes variables cuando el pago de éstos se haya ajustado a condiciones de rendimiento o se haya realizado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad.

### 3. LA RETRIBUCIÓN VARIABLE COMO MECANISMO RETRIBUTIVO DE LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS

El artículo 217 LSC incluye un catálogo meramente ejemplificativo de los principales o más habituales conceptos a través de los cuales se reconoce y satisface retribución a los administradores sociales (tales como una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable, indemnizaciones por cese o contribución a sistemas de ahorro o previsión). Se trata de una medida vinculada, en principio, a la retribución de los administradores «*en su condición de tales*» aunque entre ellos se incluyen mecanismos de retribución que se utilizan, preferente o exclusivamente, en relación con la retribución de los administradores por el «*desarrollo de funciones ejecutivas*», poniéndose así de nuevo de manifiesto la deficiente delimitación que se contiene en el régimen legal entre ambos títulos de retribución<sup>53</sup>. A su vez, particularmente en relación con las sociedades cotizadas, el régimen legal prevé también la aplicación de sistemas de retribución variable específicamente vinculados a la remuneración de los consejeros ejecutivos<sup>54</sup> que, a su vez, en las recomendaciones de buen gobierno corporativo se propone que se vinculen preferentemente a la retribución de consejeros ejecutivos y solo bajo muy estrictos límites a los consejeros no ejecutivos<sup>55</sup>.

La vinculación exclusiva o preferente de los sistemas de retribución variable a la remuneración de los consejeros ejecutivos pone de manifiesto su mayor idoneidad como mecanismo

53 Sobre el discutido y discutible alcance de esta diferencia vid. *supra*.

54 En este sentido, el art. 529 *octodecies* LSC, específicamente destinado a la regulación de la retribución de los consejeros ejecutivos, determina que dicha retribución se ajustará «*a la política de remuneraciones de los consejeros, que necesariamente deberá contemplar la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política haga referencia, los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización*».

55 Así, la Recomendación 57 CBG propone, de un lado, que «*se circunscriban a los consejeros ejecutivos las remuneraciones variables ligadas al rendimiento de la sociedad y al desempeño personal, así como la remuneración mediante entrega de acciones, opciones o derechos sobre acciones o instrumentos referenciados al valor de la acción y los sistemas de ahorro a largo plazo tales como planes de pensiones, sistemas de jubilación u otros sistemas de previsión social*» y, de otro, que solo «*se podrá contemplar la entrega de acciones como remuneración a los consejeros no ejecutivos cuando se condicione a que las mantengan hasta su cese como consejeros*».

de remuneración por el desarrollo de funciones ejecutivas. La idea que subyace a la utilización de sistemas de retribución variable es la consideración de la remuneración no sólo como una compensación por los servicios prestados en el ejercicio del cargo, sino también como un instrumento que permite, de un lado, retener gestores cualificados y, de otro, generar incentivos adecuados para que sus comportamientos sean acordes con los intereses de los socios<sup>56</sup>. Por esta razón, resultan más adecuadas para quienes asumen las funciones de dirección y gestión frente a quienes desarrollan únicamente funciones de vigilancia y supervisión. No obstante conviene tener en cuenta que la retribución variable, al margen de su mayor o menor idoneidad en abstracto como instrumento retributivo<sup>57</sup>, también es susceptible de introducir incentivos perversos orientando la gestión hacia la asunción excesiva de riesgos como ha puesto de manifiesto la amarga experiencia que hemos vivido en los últimos años<sup>58</sup>.

En todo caso, si se diseña adecuadamente el sistema de retribución variable, debería apreciarse una relación significativa entre retribución percibida por los administradores e indicadores de desempeño personal. En nuestro país, sin embargo, dicha correlación o relación positiva no se aprecia, lo que tampoco obedece a las distorsiones que haya podido generar en los indicadores de desempeño personal la reciente crisis financiera<sup>59</sup>. Más bien, esta falta de correlación deriva de un inapropiado diseño de la política retributiva que, con carácter general, contiene una retribución fija excesivamente alta<sup>60</sup> y una retribución variable poco vinculada con los resultados de la organización<sup>61</sup>, al margen de que en buena

56 Esta idea se recogía ya en el Informe Greenbury (*Directors' Remuneration: Report of a Study Group Chaired by Sir Richard Greenbury*, London, 1995) y a partir de este informe se ha ido incorporando a los diferentes Códigos de buen gobierno corporativo. En la doctrina española vid., por todos, ARRONDO, R. G.; MÉNDEZ C. F., y RODRÍGUEZ, E. F., «Influencia de la estructura de gobierno corporativo sobre la remuneración de los consejeros en el mercado español», *Información Comercial Española ICE: Revista de Economía*, 844, 2008, pp. 187 a 203.

57 Para un cuestionamiento de las retribuciones variables, principales causantes de los incrementos de retribución, como mecanismo retributivo de los consejeros vid. ARRONDO/MÉNDEZ/RODRÍGUEZ, «Influencia de la estructura de gobierno...», cit., pp. 187 y ss. y VIVAS/GARCÍA/MARTÍNEZ/PUJOL, «Análisis de las retribuciones...», cit., p. 105.

58 Véase, entre otros, URQUIJO UGARTE, J., y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, C., «Los incentivos de los altos ejecutivos y la asunción de riesgo excesivo: el caso de los bancos españoles», en *Anales de Economía Aplicada*, núm. XXVIII, 2014).

59 Por todos, VIVAS, L.; GARCÍA BLANDÓN, J.; MARTÍNEZ, M. y PUJOL MASDEU, C., «Análisis de las retribuciones del Consejo y la Alta Dirección en las empresas cotizadas españolas durante el período 2005–2010», *Revista de Contabilidad y Dirección*, 17, 2013, pp. 101 a 118, en particular, p. 116.

60 Con datos extraídos de los informes de remuneraciones elaborados en 2013 por las compañías cotizadas que integran el índice IBEX 35, la retribución fija superaba el 60% del total de retribuciones percibidas por los consejeros mientras que la variable apenas superaba el 34% del total.

61 Con carácter general la importancia de la retribución variable en relación con el total de retribución percibida por los consejeros y su mayor o menor vinculación con los resultados de la compañía depende, entre otros factores, de la estructura de propiedad existente así como también de la composición del consejo de administración (vid., entre otros, SÁNCHEZ, G., y LUCAS, M., «El nivel retributivo de los altos directivos en las empresas cotizadas españolas», *Boletín Económico del ICE*, 2008, núm. 2938, pp. 37 a 51 y MANZANEQUE, M.; MERINO, E. y BANEZAS, R., «Compensation levels of executive personnel in Spain: influence of the characteristics of the board of directors and of concentration of shareholdings», *Innovar*, 2011, vol. 21, núm. 40, pp. 107 a 126). En España, las sociedades cotizadas tienen en general una estructura de capital concentrado lo que determina que, únicamente cuando el accionista dominante es externo o no ejecutivo, se realiza un verdadero ejercicio de supervisión de los altos directivos, que tiene su reflejo en esquemas retributivos con una menor retribución fija y un mayor porcentaje de retribución variable vinculado a los resultados de la empresa (por todos, SÁNCHEZ MARÍN/BAIXAULI SOLER/LUCAS PÉREZ, «Retribución de los altos directivos...», cit., pp. 16 y ss.).

parte de los casos la retribución variable se percibe de manera regular y con independencia de las variaciones en los resultados obtenidos por la sociedad<sup>62</sup>. Ello sin perjuicio de que deba reconocerse que la elección del sistema de retribución más óptimo es una cuestión compleja condicionada por múltiples factores que han de ser adecuadamente ponderados (funciones y responsabilidades vinculadas al ejercicio del cargo, tamaño y sector de la empresa que constituye el objeto social, estructura de la propiedad y control de la organización social, composición del órgano de dirección y supervisión, entre otros)<sup>63</sup>.

Desde el plano regulatorio, el régimen legal debe buscar el equilibrio estableciendo límites y requisitos que impidan la utilización de sistemas de retribución, particularmente de retribución variable, desconectados de los resultados y de la evolución de la compañía así como del propio desempeño personal del administrador beneficiario pero, a su vez, dejando un margen de flexibilidad suficiente para que las sociedades puedan adaptar sus políticas retributivas a sus específicas circunstancias. Desde esta perspectiva, el régimen actualmente vigente en Derecho español resulta insatisfactorio, particularmente en relación con la regulación de los sistemas de retribución variable. A este respecto, desde un plano general, se introducen un conjunto de orientaciones generales diseñadas tomando en consideración exclusivamente ciertos tipos de sociedades de capital (sobre todo, sociedades cotizadas y sociedades que actúen en el mercado financiero) y construidas sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados de difícil aplicación en el caso concreto («*importancia de la sociedad*», «*estándares de mercado de empresas comparables*») y medidas programáticas de todavía más difícil concreción («*promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad*») particularmente en sociedades de capital de pequeña o mediana dimensión. Desde un plano especial, se establecen medidas específicas dirigidas a dos concretas modalidades de retribución variable, la participación en beneficios y la entrega de acciones o derechos de opción o referenciada al valor de las acciones, que aun cuando mejoradas tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, continúan siendo insuficientes para conseguir dicho objetivo.

Junto a ello, las recomendaciones de buen gobierno contenidas en el CBG en materia de retribución se centran fundamentalmente en las retribuciones variables. Proponen la adopción de medidas orientadas en la dirección adecuada, como los criterios para el diseño de los componentes variables de la retribución (vinculación no exclusivamente a la evolución general de los mercados o del sector de actividad de la compañía sino a parámetros de rendimiento predeterminados y medibles, promoción de la sostenibilidad de

62 Vid. las conclusiones del análisis empírico realizado por LUCAS PÉREZ/BAIXAULI SOLER, «Supervisión del consejo de administración y estructura de propiedad...», cit., p. 50.

63 Al respecto puede verse, por todos, CUGUERÓ-ESCOFET, N y ROSANAS, J. M., “The just design and use of management control systems as requirements for goal congruence”, *Management Accounting Research*, 24, 2013, pp. 23 a 40.

la sociedad a largo plazo con inclusión de criterios no financieros que sean adecuados para la creación de valor a largo plazo, configuración sobre la base de un equilibrio entre el cumplimiento de objetivos a corto, medio y largo plazo, diferimiento de la percepción de una parte relevante al transcurso de un período de tiempo mínimo) o las restricciones para la configuración de los sistemas de retribución vinculados a la entrega de acciones o derechos de opción sobre acciones (como la limitación del porcentaje de acciones correspondientes a sistemas retributivos de las que puede disponer el consejero o la fijación de un plazo mínimo para el ejercicio de los derechos de opción). Se trata de medidas que complementan y, sin duda, mejoran el régimen legal pero que, en tanto se contemplan únicamente en el marco de las recomendaciones de buen gobierno corporativo, despliegan su mayor o menor eficacia únicamente en relación con las sociedades cotizadas. Entendemos por esta razón que algunas de dichas medidas deberían incorporarse al régimen legal de modo que su imperatividad por un lado reforzase su eficacia en el ámbito de las sociedades cotizadas y, por otro, alcanzase también a las sociedades no cotizadas.

Entre estas medidas y en estos momentos, nos referiremos exclusivamente a las denominadas cláusulas de reembolso de la retribución (*clawback*), que permiten el ejercicio de acciones por parte de las sociedades para reclamar a sus administradores o directivos el reembolso de retribuciones variables percibidas por éstos sobre la base de unos indicadores o parámetros (resultados de la compañía, evolución patrimonial,...) cuando posteriormente se revela que la información resulta inexacta, errónea o falsa. A este respecto, el art. 217.4 LSC determina que, con carácter general, los sistemas de retribución de administradores deberán «*incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables*», norma que, aunque no se refiere específicamente a la inclusión de medidas para el reintegro de retribuciones indebidamente percibidas, se entiende que se refiere también a éstas<sup>64</sup>. Más concretamente, el CBG para sociedades cotizadas recomienda que los acuerdos contractuales sobre retribución incluyan una cláusula de reembolso de los componentes variables cuando el pago de éstos se haya ajustado a condiciones de rendimiento o se haya realizado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad.

En rigor, el deber de restitución de retribuciones indebidas existe con independencia de que se haya pactado una cláusula en ese sentido en el contrato celebrado entre sociedad y administrador. En relación a ello, tan indebida es una retribución extraestatutaria como

.....

64 En este sentido, la doctrina interpreta que la norma se refiere, entre otras, a la previsión de este tipo de cláusulas (vid., entre otros, RUIZ MUÑOZ, M., «La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital...», cit., pp. 886 y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., «Remuneración de los administradores en su condición de tales (arts. 217, 529 sexdecies y 529 septdecies LSC)», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; QUIJANO GONZÁLEZ, J.; ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO L. y ESTEBAN VELASCO, G. (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Elcano, 2016, pp. 689 y ss., en particular, p. 735).

una retribución variable basada en un parámetro inexacto, erróneo o falso, sin perjuicio de la responsabilidad en que se haya podido incurrir en cada caso. En este sentido, los Tribunales españoles han aplicado este criterio y han condenado en diversas ocasiones al reembolso de retribuciones indebidamente percibidas por los administradores sociales<sup>65</sup>. No obstante, la previsión de una medida en este sentido podría reforzar la fundamentación del deber de reembolso y, por ello, lo conveniente sería que ello no se confíe a la autonomía de la voluntad de la sociedad y del propio administrador, sino que se imponga expresamente por el propio régimen legal tal y como se prevé en otros ordenamientos jurídicos<sup>66</sup> y en sentido también próximo a lo previsto en Derecho español en relación con el reembolso de otras cantidades indebidamente percibidas<sup>67</sup>.

En definitiva, entendemos que buena parte de las recomendaciones de buen gobierno relativas a las retribuciones variables contenidas en el CBG deberían incorporarse al régimen legal aplicable con carácter general a la retribución de los administradores de las sociedades de capital, no sólo con la finalidad de reforzar su eficacia<sup>68</sup> sino, sobre todo, de extender su ámbito de aplicación también a las sociedades no cotizadas. Ello sin perjuicio de que, con carácter general, entendamos también que se ha desaprovechado la oportunidad que ha ofrecido la reciente reforma del régimen sobre retribución de administradores para incorporar al Derecho español medidas tales como: el reforzamiento de la responsabilidad por la fijación de la retribución, el incremento de la transparencia de la retribución en sociedades no cotizadas, el aumento del control por parte de los socios, la fijación de limitaciones y criterios sustantivos para la determinación y aplicación de los distintos sistemas de retribución, etc., ya previstas en otros países, en algunos casos desde hace varios años y que hubiesen contribuido a resolver buena parte de las cuestiones que con el régimen vigente permanecen abiertas.

65 Vid., por ejemplo, las SSTs de 25 de junio de 2012 y 11 de septiembre de 2015 o la reciente SAP de Madrid, sección 28ª, de 22 de diciembre de 2015, relativa específicamente al deber de restituir una retribución variable consistente en una participación en beneficios que posteriormente se acreditó que no existieron en el ejercicio económico de referencia.

66 Así, en EEUU se incluyó esta medida a través de la *Sabarnes-Oxley Act*, de 2002, régimen posteriormente modificado por la *American Recovery and Reinvestment Act*, de 2009 y, sobre todo, por la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection*, de 2010. Frente a ello, en los principales países europeos se ha optado por la imposición indirecta de estas cláusulas a través de las siempre menos eficaces recomendaciones de buen gobierno, partiendo de la Recomendación europea 2009/385/CE, de 30 de abril de 2009.

67 En este sentido, el art. 278 LSC determina que «cualquier distribución de dividendos o de cantidades a cuenta de dividendos que contravenga lo establecido en esta ley deberá ser restituida por los socios que los hubieren percibido, con el interés legal correspondiente, cuando la sociedad pruebe que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla».

68 En este aspecto, coincidimos con JUSTE MENCÍA/CAMPINS VARGAS, «La retribución de los consejeros delegados...», cit., p. 792 en que, sin perjuicio de que se trata de recomendaciones de buen gobierno cuyo seguimiento, por tanto, resulta voluntario para las sociedades bajo el principio de «cumplir o explicar», a diferencia de otras normas de gobierno corporativo meramente organizativas, en el caso de las recomendaciones relativas a retribución no resultará fácil a los consejeros justificar las razones del incumplimiento.

#### 4. NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALONSO UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A., «La retribución de los administradores basada en beneficios y los programas de remuneración del accionista vinculados a la entrega de acciones («script dividend»)», *RdS*, 41, 2013, págs. 383 a 396.
- ARRONDO, R. G., MÉNDEZ, C. F. y RODRÍGUEZ, E. F., «Influencia de la estructura de gobierno corporativo sobre la remuneración de los consejeros en el mercado español», *Información Comercial Española ICE: Revista de Economía*, 844, 2008, págs. 187 a 203.
- BARROS GARCÍA, M., «¿Continúa vigente la «doctrina del vínculo» tras la modificación de la Ley de sociedades de capital?», *Actualidad Jurídica Uría/Menéndez*, 41, 2015, págs. 34 a 41.
- BLANQUER UBEROS, R., «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de corrección a la Junta general», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Madrid, 1995, I, págs. 397 a 452.
- BRENES CORTÉS, J., «El nuevo régimen de retribución de los consejeros ejecutivos tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo», *LexMercatoria*, 1, 2015, págs. 1 a 6.
- CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia, 1999.
- CAMPINS VARGAS, A., «El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro», *RDM*, 249, 2003, págs. 1008 y ss.
  - «Dudas interpretativas del nuevo régimen de retribución de los administradores en la Ley 31/2014», en *Almacén de Derecho*, entrada de 9 de marzo de 2015.
- DE ALARCÓN ELORRIETA, M<sup>a</sup> L., «Otra vuelta de tuerca a la retribución de los consejeros por funciones ejecutivas en sociedades no cotizadas», *La Ley Mercantil*, 14, Mayo 2015.
- DÍEZ ESCLAPEZ, R., «Remuneración de administradores en formas personales de administración social», *LexMercatoria*, 1, 2015, págs. 21 a 24.
- FARRANDO MIGUEL, I., «La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos», en *RdS*, 27, 2006, págs. 355 a 435.
  - «La retribución de administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo», *RdS*, 32, 2009, págs. 97 y ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídi-

- co-societaria», en AA.VV., *Responsabilidad de los consejeros y altos cargos de las sociedades de capital*, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma», en *RDM*, 297, julio-septiembre 2015, págs. 199 a 248.
    - «Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de la junta del artículo 217 LSC», *La Ley Mercantil*, 18, octubre 2015.
  - GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Posibles límites a la remuneración de los administradores en un contexto de crisis económica», en ABRIANI/EMBED IRUJO (Dirs.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Granada, 2013, p. 179 y ss.
  - GARRIGUES, J., *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1976.
  - GIRBAU PEDREGOSA, R., «Restricciones a la remuneración de administradores y directivos de entidades de crédito: modos, intervención y gobierno corporativo», *RDBB*, 129, 2013, págs. 173 y ss.
  - GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.
  - IRIBARREN BLANCO, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Madrid, 2005.
  - JUSTE MENCÍA, J., «Retribución de consejeros», en ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid-Barcelona, 1999, págs. 497 a 536.
  - JUSTE MENCÍA, J., y CAMPINS VARGAS, A., «La retribución de los consejeros delegados o de los consejeros con funciones ejecutivas. El contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad (arts. 249.3 y 4 y 529 octodecimos LSC)», en RODRIGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. y ESTEBAN VELASCO, G. (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, 2016, págs. 757 y ss.
  - LEÓN SANZ, F., «Artículo 217. Remuneración de los administradores» y «Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración», en JUSTE MENCÍA, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor, 2015, págs. y 497 a 520, respectivamente.
  - LUCAS PÉREZ, M. E. y BAIXAULI SOLER, J. S., «Supervisión del consejo de administración y estructura de propiedad como determinantes de la retribución de la alta dirección», en *Fundación para el Análisis Estratégico y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Empresa (FAEDPYME) International Review*, 2, 2012, págs. 40 a 52.
  - MARTÍNEZ SANZ, F., «Artículo 130. Retribución», en ARROYO, I. y EMBED IRUJO (dirs.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 2001, II, págs. 1283 y ss.

- MERCADER UGUINA, J. R., «¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?: la retribución de los administradores sociales y el nuevo «contrato de administración» de los consejeros ejecutivos», *Trabajo y Derecho*, 4, abril 2015.
- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., «Procedencia y alcance de la constancia estatutaria de la retribución de los administradores de sociedades cotizadas consistente en programas de opciones sobre acciones y sistemas similares», *RdS*, 30, 2008, págs. 163 a 194.
- OLIVENCIA, M. y SANCHO MENDIZÁBAL, L., «Sobre la base de cálculo del dividendo de los accionistas previo a la retribución de los administradores consistente en participación en beneficios», *RDM*, 271, 2009, págs. 7 a 34.
- ORTÍZ DE JUAN, J. M., «La retribución de la alta dirección de las entidades financieras: de los nuevos principios a las normas de obligado cumplimiento», *RDBB*, 123, Julio–septiembre 2011, pp. 203 a 228.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Indret*, 1, 2008.
  - «Retribución de administradores: *ad imposibilianemotenetur!* (A propósito de dos sentencias recientes), *Indret*, 2, 2009.
- PÉREZ CARRILLO, E., «El seguro de responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles», en GUERRA MARTÍN, G. (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, 2011, págs. 273 a 330.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Retribución de consejeros y directivos: la reciente evolución en el Derecho español», en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José M<sup>a</sup>. Muñoz Planas*, Cizur Menor, 2011.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas (Sujetos, interés y riesgo)*, Elcano, 2002.
  - «Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima», *RdS*, 32, 2009, págs. 79 y ss.
  - «La reforma del régimen legal sobre retribución de administradores de sociedades cotizadas: el informe anual de retribuciones de los consejeros y altos directivos», en *Investigación y Publicación del Centro de Gobierno Corporativo del Instituto de Empresa*, 2012, II.
  - «El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, 2013, págs. 653 y ss.
- RUIZ MUÑOZ, M., «La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)», en VV.AA., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015, págs. 860 a 893.

- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., «Remuneración de los administradores en su condición de tales (arts. 217, 529 *sexdecies* y 529 *septdecies* LSC)», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. y ESTEBAN VELASCO, G. (Dirs.), *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, 2016, págs. 689 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Tomo IV, Madrid, 1994.
  - *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)», *RdS*, 28, 2007, págs. 19 a 58.
- SÁNCHEZ MARÍN, G., BAIXAULI SOLER, J. S. y LUCAS PÉREZ, M. E., «Retribución de los altos directivos y gobierno corporativo en las empresas cotizadas españolas», *Universia Business Review*, primer trimestre 2013, págs. 16 a 31.
- SÁNCHEZ RUS, H., «Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital», *La Ley Mercantil*, 14, Mayo 2015.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, 1998.
- URQUIJO UGARTE, J. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, C., «Los incentivos de los altos ejecutivos y la asunción de riesgo excesivo: el caso de los bancos españoles», en *Anales de Economía Aplicada*, núm. XXVIII, 2014.
- VICENT CHULIÁ, F., «Medidas de prevención y aseguramiento de la responsabilidad de los administradores sociales», en AA.VV., *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales*, Madrid, 1999.
- VIVAS, L., GARCÍA BLANDÓN, J., MARTÍNEZ, M. y PUJOL MASDEU, C., «Análisis de las retribuciones del Consejo y la Alta Dirección en las empresas cotizadas españolas durante el período 2005–2010», *Revista de Contabilidad y Dirección*, 17, 2013, págs. 101 a 118.

**ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ**

*Catedrático de Derecho Mercantil*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

antonio.roncero@bakermckenzey.com

# VARIABLE REMUNERATION IN THE UK

**VICTORIA GOODE**

*Partner – Head of Reward Practice at Lewis Silkin LLP*

**ANNA BOND**

*Employment Associate at Lewis Silkin LLP*

Fecha de recepción: 24/03/2016

Fecha de aceptación: 23/04/2016

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION 2. WHAT IS VARIABLE REMUNERATION? 3. HOW IS VARIABLE REMUNERATION STRUCTURED? 3.1 Annual cash bonuses. 3.2 Long-term cash incentive plans. 3.3 Phantom share plans. 3.4 Specific purpose bonus. 3.5 Commission. 3.6 Tax-advantaged equity plans. 3.7 Non tax-advantaged share plans. 4. THE USE OF VARIABLE REMUNERATION IN THE UK. 4.1 FTSE 350 companies and the financial services. 4.2 Smaller private companies. 5. REGULATION OF VARIABLE REMUNERATION FOR BANKS, BUILDING SOCIETIES AND INVESTMENT FIRMS. 5.1 Ratio of variable remuneration to fixed remuneration (Bonus cap). 5.2 Guaranteed variable pay. 5.3 Discretionary variable remuneration. 5.4 Deferral. 5.5 Payment in shares or ownership instruments. 5.6 Performance adjustment. 5.7 Future developments. 6. REGULATION OF VARIABLE REMUNERATION – FTSE 350 COMPANIES 7. WHAT PERFORMANCE CONDITIONS MAY BE IMPOSED?. 8. OTHER LEGAL ISSUES. 8.1 Discretionary or contractual bonus. 8.2 Holiday pay and bonuses. 8.3 Potential discrimination issues. 8.4 Gender pay gap reporting. 8.5 Leavers. 8.6 Clawback. 9. CONCLUSION.

**RESUMEN:** Este artículo es una guía práctica sobre los usos de la retribución variable en el Reino Unido. Presenta las diferentes formas en las que la retribución variable puede

estructurarse en este país, teniendo en consideración los bonos en metálico y los planes de acciones y presentando los pros y los contras de varios planes de participaciones con beneficios fiscales. A partir de ahí, pasa a tratar el uso que se hace en varios mercados del Reino Unido, incluidas las organizaciones del FTSE 350. La segunda mitad de este artículo se centra en considerar la normativa sobre retribución variable en el sector financiero y en las organizaciones del FTSE 350, incluido el controvertido «límite de incentivos». Por último, toca algunos problemas legales en torno a la retribución variable en el Reino Unido, incluida la legislación sobre si las bonificaciones tienen carácter contractual o discrecional, temas relacionados con las pagas extra, discriminación, nuevas formas de cobertura y temas relacionados con la gente que deja o vuelve a la compañía.

**ABSTRACT:** This article is a practical guide to the uses of variable remuneration in the UK. It sets out the various ways variable remuneration can be structured in the UK, considering cash bonuses and share plans and setting out the pros and cons of various tax-advantaged equity plans. It then moves on to discuss the use of variable remuneration in various markets in the UK, including discussion of FTSE 350 companies. The second half of this article then considers the regulation of variable remuneration, in the financial sector and in FTSE 350 companies, including the controversial «bonus cap». Finally, it touches on some legal issues surrounding variable remuneration in the UK, including the law around whether bonuses are contractual or discretionary, holiday pay issues, discrimination, new reporting requirements and issues around leavers and clawback.

**PALABRAS CLAVE:** Programas de bonificación; impuesto; legislación británica; normativa de la retribución en el sector financiero; límite de bonificación.

**KEYWORDS:** Bonus schemes; tax; English law; regulation of remuneration in the financial sector; bonus cap.

## 1. INTRODUCTION

In an increasingly challenging business environment, employers need to ensure that they have a competitive remuneration package to attract, retain and incentivise key employees. In the UK, most employers use some form of variable remuneration to try to achieve this.

Generally UK employers have significant flexibility in structuring their variable remuneration arrangements. For example employers generally have freedom to decide whether the variable remuneration should be discretionary or contractual, the performance conditions that should be applied, the period over which performance should be measured and how leavers should be treated. That said, companies listed on the London Stock Exchange («LSE») and firms in the financial services sector have to take into account the requirements of regulators and the expectations of shareholders; those requirements and expectations affect the structure and timing of variable remuneration and, for banks and certain other investment firms, quantum.

This article provides an introduction to the structure of variable remuneration in the UK and examines current trends in the use of variable remuneration. It also considers a number of legal issues in relation to variable remuneration including its regulation in companies listed on the main market of the LSE («FTSE 350 companies») and banks, the different types of performance conditions and other legal issues relating to bonuses, including how bonuses may become contractual through an employer's conduct and potential issues with discrimination and holiday pay.

## 2. WHAT IS VARIABLE REMUNERATION

In this article «variable remuneration» means any payments or benefits (including for example cash bonuses, commission and share incentives), receipt of which is dependent on the satisfaction of performance conditions or other contractual criteria such as remaining in employment until a certain date.

European legislation –most notably the Capital Requirements Directive (2013/36/EU) («CRD»)– draws a distinction between «variable remuneration» and «fixed remuneration»<sup>1</sup>. It seems implicit within those definitions that variable remuneration should be used to reward employees for extraordinary performance (i.e. for «going the extra mile» rather than simply doing the job.) In practice, in the UK in many sectors, cash bonuses are an expected element of the employee’s remuneration package and, in some circumstances, have traditionally been used to supplement a low base salary.

For companies listed either on the main market or the Alternative Investment Market («AIM») of the LSE, variable remuneration in the form of shares is an essential part of the remuneration package to ensure that the financial interests of employees, particularly senior executives, are aligned with those of shareholders. Most listed companies also operate a share plan for all employees.

We examine the main ways in which variable remuneration is structured in Section 3 below, and the type of performance conditions that may be imposed in Section 7 below.

### 3. HOW IS VARIABLE REMUNERATION STRUCTURED?

**I**n the UK, variable remuneration is delivered either in cash, in shares or other ownership interests in the employing group, or a mixture of both.

It is a common saying in the UK that «cash is king»! In other words, employees generally favour cash over shares and, when provided with shares, will often seek to sell those shares as soon as they are permitted to do so in order to raise cash.

However, cash bonuses have an immediate effect on the employer’s cash–flow. In addition, cash bonuses do not attract any favourable tax treatment, they are subject to income tax and employee and employer social security contributions –known as national insurance contributions («NIC»)– in full when received, in the same way as salary. In contrast, successive governments have taken the view that encouraging equity incentives may improve the general economy. Tax legislation (principally the Income Tax –Earnings and Pensions– Act 2003) contains specific employee share plans that benefit from valuable

.....  
1 CRD IV defines: Variable pay as remuneration which reflects a sustainable and risk adjusted performance as well as performance in excess of that required to fulfil the employee’s job description as part of the terms of employment; and Fixed pay as remuneration which primarily reflects relevant professional experience and organisational responsibility as set out in an employee’s job description as part of the terms of employment.

tax reliefs. Often share plans can be structured so that the growth in value of the shares is subject to capital gains tax (generally at 20% for disposals after 5 April 2016) rather than income tax and NIC. Depending on the level of the employee's income, income tax may be 45% with employee NIC at 2% and employer NIC at 13.8%.

There are a number of other reasons why an employer may want to introduce an employee share plan instead of, or in addition to, a cash plan including:

- Wanting to move towards collective ownership –i.e. giving employees a say in the company going forward; and/or
- Enabling employees to participate in the growth in value of the company; and/or
- Aligning the interests of employees, particularly senior executives, with those of shareholders to consider the best interests of shareholders in their management of the business.

Examples of the main forms of cash and share based variable remuneration commonly used in the UK are summarised below.

### 3.1. Annual cash bonuses

There are two broad categories of annual cash bonus: a non-contractual or a contractual bonus.

A non-contractual bonus scheme will typically provide that there is no right to a bonus, but that payments may be made entirely at the employer's discretion and on the employer's own terms. The key aim is to avoid placing the employer under any obligation to make any bonus payments. Most employers will prefer to offer a non-contractual bonus as this gives them greater flexibility.

Contractual bonuses are calculated upon whatever basis is set out in the scheme. Annual bonuses are typically expressed as a target percentage of the employee's salary and plans are typically constructed to provide threshold, target and maximum levels of performance which then generate corresponding threshold, target and maximum levels of pay-out.

It is worth noting that many employers, particularly listed companies, may require employees to defer some or their entire annual bonus into shares. This is sometimes accompanied by the promise of receiving free, additional matching shares from the company if performance and continued employment conditions are met.

Legal issues relating to contractual and non-contractual cash bonuses are discussed further in Section 7 below.

### **3.2. Long-term cash incentive plans**

Long-term cash incentive plans are a form of award which is contingent upon the achievement of previously defined performance objectives over a multi-year period (typically at least three years). Again, a long term cash incentive plan may be structured either as a non-contractual or a contractual bonus.

### **3.3. Phantom share plans**

This is a particular type of cash bonus, the value of which is linked to the increase in the value of the company's shares. However, no shares are actually issued or transferred to employees.

Phantom share plans are often used by private companies to grant awards to employees that mirror share options or restricted share plans, in circumstances where using actual shares is inappropriate, for example where shareholders are concerned about the dilution of their shareholdings or control.

### **3.4. Specific purpose bonus**

Some bonuses are awarded for a specific purpose to incentivise the employee to perform a certain objective or for a specific event such as a sign on bonus given to a newly hired employee.

### **3.5. Commission**

Commission is remuneration based on the amount of sales an employee makes and is typically paid as a percentage of those sales. Commission is often used to supplement a low base salary.

There are two basic ways of calculating commission: flat commission and ramped commission. Flat commission is calculated at a flat rate whereas ramped commission increases on the attainment of certain goals or targets.

### **3.6. Tax-advantaged equity plans**

These types of plans can be very tax efficient for both a company and its employees. However, to obtain that tax efficiency there are a number of statutory requirements (regarding for example the company that offers the plan, the shares that can be used, the employees

that can participate and the limits on participation) which must be satisfied. Tax-advantaged arrangements are classified by the employees that are able to participate in them. Some types of tax-advantaged plans have to be made available to all qualifying employees (all-employee plans); whilst under others the company can select the employees who are invited to participate (discretionary plans).

The table 1 below summarises the different types of tax-advantaged plans.

### Tax advantaged schemes

Type of plan	Advantages	Disadvantages
<p><b><i>Company share option plan</i></b> Discretionary scheme under which the company grants share options (a right to purchase shares in the future at an exercise price equal to the market value of the shares on the date of grant) to selected employees.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Any increase in the value of the shares between the grant and the exercise of the share option is free of income tax and NIC, provided the option is exercised at least three years after grant or in certain good leaver circumstances. On the sale of the shares the difference between the sale proceeds and the exercise price is subject to capital gains tax.</li> <li>• Company may select employees to participate.</li> <li>• No upfront financial commitment is required from employees so it is risk free for employees.</li> <li>• Performance targets can be imposed but these must be stated at the time of grant, must be objective and not capable of arbitrary variation by the company at a later date.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Maximum limit of £30,000 on the value of shares (measured at the date of grant) that may be held under unexercised options.</li> <li>• No upfront financial commitment is required from employees.</li> <li>• If share value falls below exercise price, share options lose their effectiveness as retention and motivating tool.</li> <li>• Certain aspects of the scheme design are restricted by the legislation.</li> </ul>

Type of plan	Advantages	Disadvantages
<p><b>SAYE (<i>save as you earn</i>) option plan</b></p> <p>All employee scheme under which the company may grant share options (a right to purchase shares in the future at a price which may be discounted by up to 20% of the market value of the shares at the date of grant). The option is linked to a savings contract which requires the employees to save between £5 and £500 per month from their net salary for 3 or 5 years. At the end of the savings period, employees can choose to exercise their option, funding the exercise price from the savings contract or withdraw the savings.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rewards only those employees who make a financial commitment.</li> <li>• Risk-free investment because, if the share price goes down during the savings contract, employees still receive their savings and possibly a tax-free bonus.</li> <li>• Any increase in the value of the shares between the grant and the exercise of the share option is delivered free of income tax and NIC, provided options is exercised at least three years after grant or in certain limited good leaver circumstances. On the sale of the shares the difference between the sale proceeds and the exercise price is subject to capital gains tax.</li> <li>• Unlike CSOPs, option exercise price can be up to 20% less than market value at grant.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Has to be offered to all employees.</li> <li>• Complex administration.</li> <li>• Savings are made from net pay.</li> <li>• Not all employees will choose to participate.</li> </ul>

Type of plan	Advantages	Disadvantages
<p><b>Share incentive plan</b> All employee share plan under which the company may make four different types of share award: free shares, partnership shares (paid for by employees out of pre-tax salary), matching shares (which companies can give to employees who purchase partnership shares) and dividend shares (purchased with dividends from other plan shares).</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Flexible, as the company can decide which elements of a SIP it wishes to implement in any tax year and the level of awards subject to the maximum limits set out below. Each year, the maximum value of shares that:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Each employee can be allowed to buy is £1,800 (or, if lower, 10% of salary).</li> <li>- The employer can give each employee £3,600 worth of free shares.</li> </ul> </li> <li>• For those employees who purchase partnership shares, the employer can award matching shares up to a maximum matching ratio of two matching shares for every one partnership share purchased so assuming an employee purchases £1,800 worth of partnership shares, the employer may award £3,600 worth of matching shares.</li> <li>• In addition, dividends from plan shares may be reinvested in further shares.</li> <li>• The tax rules are complex but, if certain conditions are satisfied, such plans may be very tax efficient with no income tax or NIC to pay and no capital gains tax on growth in value while the shares remain in the plan. In addition, the money used to buy partnership shares is taken from gross salary.</li> <li>• Awards of free shares can be subject to a performance target.</li> <li>• If partnership shares are offered, this requires a financial commitment from employees.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Complex and may have high administration costs, particularly where all four types of award are offered to employees.</li> <li>• Has to be offered to all employees.</li> <li>• Partnership shares are riskier for employees than options or free shares, as they become beneficial owners of shares from the date of purchase and therefore vulnerable to any decrease in the share value.</li> </ul>

Type of plan	Advantages	Disadvantages
<p><b><i>Enterprise management incentives (“EMI”) options</i></b></p> <p>Discretionary scheme under which the company may grant share options (a right to purchase shares in the future) to selected employees.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Generous plan – options over £250,000 worth of shares (valued at the date of grant) may be awarded to each individual employee. In broad terms, a company may have no more than £3 million worth of shares (again valued at the date of grant) subject to EMI options at any time.</li> <li>• Very flexible – the exercise price can be less than the market value at grant; performance targets can be imposed and options can be granted to selected employees. Also, subject to the scheme rules, employees can choose when to exercise their options.</li> <li>• Generous tax reliefs – it is possible to structure EMI options so that the only tax to pay is capital gains tax when the shares are sold. In addition, if certain conditions are satisfied, it may be possible to reduce the effective capital gains tax rate to 10% by claiming entrepreneurs’ relief. There is no minimum holding period required to obtain the benefit of the income tax and NIC exemptions.</li> <li>• No upfront financial commitment is required from employees.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• EMI options can only be granted by smaller companies (those with gross assets of less than £30 million) which are carrying on a qualifying trade. Certain trades (e.g. financial services) are excluded.</li> <li>• Employees do not have any upfront financial commitment.</li> </ul>

### 3.7. Non tax-advantaged share plans

There are a range of other share arrangements that do not attract any specific tax advantages.

In broad terms, non-tax advantaged plans are structured in one of two ways:

- The employee acquires the shares and becomes a shareholder, from day one. The shares are subject to certain restrictions so that if certain performance conditions and continued employment conditions are not satisfied, the shares are forfeited. Examples are restricted share or performance share plans.
- The employee has a right or promise to acquire shares in the future if certain performance and continued employment conditions are satisfied. Examples are options and conditional share plans.

The advantages of these plans are:

- They are flexible –there are no statutory requirements that need to be satisfied and therefore the terms of the plan can be drafted to suit the commercial needs of the business, taking into account where relevant the requirements and expectations of regulators and shareholders.
- They are capable of providing significantly more value than tax advantaged plans. The detailed tax treatment of non-tax advantaged plans is complex. The general principle is that income tax and employee and employer NIC will be due on gains made by employees when they acquire the shares. With careful planning, however, it may be possible to make these plans tax efficient but this often adds significant complexity.

## 4. THE USE OF VARIABLE REMUNERATION IN THE UK

The UK variable remuneration market is sophisticated, encompassing a wide range of businesses (from large, listed companies to small private companies and across all industry sectors) with varying approaches. On the one hand, for FTSE 350 companies and those in the financial sector, bonuses and other incentives are a central component of an individual's remuneration package. Annual bonuses are very high, historically well

exceeding annual salary, and senior employees will also expect long-term cash or share incentives. On the other hand, smaller companies tend to focus on cash bonuses, commission schemes or EMI option schemes, and salary is the principal form of remuneration.

#### 4.1. FTSE 350 companies and the financial services

KPMG's 2015 Guide to Directors' Remuneration in FTSE 350 companies<sup>2</sup> («Guide») confirms that variable remuneration remains a key component of directors' overall remuneration.

In 2015, variable remuneration continued to account for more than 50% of directors' total remuneration over all FTSE 350 sectors. The financial sector, unsurprisingly, revealed the most extensive use of variable remuneration, with around 70% of total remuneration for directors in this sector being variable rather than fixed. For directors in FTSE 100 companies, there was a tendency for this remuneration to be long-term rather than short-term incentives, with long-term gains making up 42% of total remuneration against 25% in the FTSE 250.

Nearly all companies in the FTSE 100 and 250 operate annual bonus plans, making them the most common incentive arrangement. In the FTSE 100, the median bonus awarded to Chief Executive Officers («CEOs») was 132% of total salary, equivalent to an average figure of £1,087,000 (€1,388,787). A similar trend showed in relation to bonuses awarded to Financial Directors («FDs») in the FTSE 100, who were awarded an average annual bonus of 122% of salary, or £601,000 (€767,857). Across the FTSE 250 CEOs the median bonus awarded to CEOs was 87% of total salary, equivalent to an average figure of £420,000 (€536,605). Bonuses remained highest as a percentage of salary in the financial services sector.

The Guide reveals that more than 70% of the FTSE 350 companies use three or more performance measures in awarding their annual bonuses, with those companies in the financial services sector leading the way. Only four financial services companies in the FTSE 250 use just one performance measure, and none in the FTSE 100. The most common performance conditions are: profit, personal objective, other financial targets, cash flow and earnings per share. For further details on performance conditions see Section 7 below.

Long-term incentives are also widely used across the FTSE 100, and share performance plans are the most commonly-used vehicle, with median awards made to CEOs under per-

.....

2 <https://www.kpmg.com/UK/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/PDF/Tax/kpmg-guide-to-directors-remuneration-2015.pdf> Page accessed 24/03/2016.

formance share plans being 251% of salary, equivalent to an average figure of £2,049,000 (£2,617,869). Again, FDs were awarded similar figures under share performance plans, with an average of 226% of annual salary or £1,173,000 (£1,498,663). Across the FTSE 250 CEOs, the median performance share plan paid out 178% of annual salary, equivalent to an average figure of £887,000 (£1,133,260).

The use of long-term incentive plans is bolstered by an increased need to take risk into account when setting remuneration. For listed companies and the financial services (as discussed later in this article), this is reinforced by legal corporate governance requirements (see further Sections 5 and 6 below). In an environment which is increasingly hostile to highly paid executives, a high proportion of annual bonuses involve the compulsory or optional deferral of some or all of an annual bonus into company shares.

#### 4.2. Smaller private companies

It is generally more difficult to find information on the bonuses awarded by smaller private companies. However, the Chartered Institute of Personnel and Development (the «CIPD») surveys organisations across private, public and third sectors and produces an annual report documenting information on current and emerging practices in UK reward management<sup>3</sup>. This includes an examination of the use of bonuses. Information arising from the 2014–2015 survey reveals that the use of individual bonuses, particularly in the UK's smaller organisations, appears to be falling. Just 49% of the organisations surveyed in the most recent report had performance-related reward schemes for their employees, down on a total of 65% from 2012. Similarly, the percentage of organisations offering sales commission fell by 8% over the same period. Both seem to confirm a downward trend which has lasted for several reporting years. The report cites the financial crisis and the recession as likely contributory factors; businesses perhaps find themselves increasingly unable to offer variable remuneration as part of compensation. However, it also recognises that there are indications that the economy is in recovery, and that a more likely explanation is that UK businesses are choosing to move away from a model of individual performance-driven incentives. It considers that «straight incentive and performance recognition payment arrangements are being downplayed in favour of the more sophisticated pay management of 'base' salaries.»

.....

3 [https://www.cipd.co.uk/binaries/reward-management\\_2014-15.pdf](https://www.cipd.co.uk/binaries/reward-management_2014-15.pdf) Page accessed 24/03/2016.

## 5. REGULATIONS OF VARIABLE REMUNERATION FOR BANKS, BUILDING SOCIETIES AND INVESTMENT FIRMS

Irresponsible remuneration policies and practices in the financial services sector which encouraged employees to take higher and higher risks in order to reap bigger and bigger rewards are considered to have been a significant contributory factor to the 2007–08 financial crisis, affecting the reliability and stability of the whole sector. As a result, variable remuneration in the financial services sector has been the focus of wide-ranging EU and UK regulation over the past few years.

The UK regulators –the Prudential Regulation Authority («PRA») and the Financial Conduct Authority («FCA»)– have issued a number of «remuneration codes» regulating the remuneration paid by firms in the financial services sector. The underlying general principle of each of the remuneration codes is that firms must ensure that their remuneration policies and practices are consistent with and promote sound and effective risk management.

This section highlights the key provisions of the «CRR Remuneration Codes»<sup>4</sup> which are relevant to variable remuneration paid by banks, building societies and certain investment firms.

The CRR Remuneration Codes implement CRD IV which took effect in January 2014 and builds on the remuneration requirements under CRD III.

Certain requirements of the CRR Remuneration Codes must be applied on a firm-wide basis (for example, the restrictions on guaranteed bonuses). Other provision only apply to those individuals whose activities could have a significant impact on the risk profile of the firms –referred to as material risk takers («MRTs»)<sup>5</sup>– with the most stringent provisions applying to those MRTs who collectively determine the overall business strategy of the

.....

4 <http://www.prarulebook.co.uk/rulebook/Content/Part/292166> and <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SYSC/19D.pdf> Pages accessed 24/03/2016.

5 An individual is a MRT if he satisfies one or more of the following criteria:

- Qualitative criteria relating to the role and decision making power of the staff member (for example, a member of the firm's management body or senior management).
- Internal criteria developed by each firm to identify material risk-takers based on the firm's specific risk profile.
- Quantitative criteria based on the individual's remuneration. The quantitative criteria will apply to individuals who satisfy any of the below unless it can be shown that the individual is not in fact a MRT :
- were awarded total remuneration of €500,000 or more in the preceding financial year; and/or
- are within the top 0.3% of staff who have been awarded the highest total remuneration in the preceding financial year; and/or
- in the preceding financial year were awarded remuneration at least equal to the lowest total remuneration awarded to senior management or other risk takers.

See further <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/526386/EBA-RTS-2013-11+%28On+identified+staff%29.pdf>. Page accessed 24/03/2016.

firm –referred to as Senior Managers («SMs»). In some instances, the strict requirements may be relaxed if the total remuneration and variable remuneration paid to an MRT is below a de minimis threshold<sup>6</sup>.

For performance periods beginning on or after 1 January 2016, the rules under the CRR Remuneration Codes which affect variable remuneration are:

### 5.1. Ratio of variable remuneration to fixed remuneration (Bonus cap)

Firms should determine an appropriate balance between fixed and variable remuneration.

Variable remuneration should generally not exceed 100% of an individual's fixed remuneration –or 200% provided at least 66% of the firm's shareholders agree (or, if less than 50% of the total share rights are represented, at least 75% of shareholders).

The bonus cap has had a significant impact in the UK. Traditionally UK financial services firms have paid a low base salary and topped up the base salary with substantial bonuses depending on performance. As a result of the bonus cap, many firms in the UK have substantially increased base pay. The UK government and regulators consider this to be counter-productive – for example the Chief Executive Officer of the PRA described the bonus cap as «bad policy»– as base pay is not dependent on performance and increases the fixed costs of the business.

### 5.2. Guaranteed variable pay

Firms must not award, pay or provide any incentive guaranteed variable pay to any member of staff unless:

- It is exceptional;
- It occurs in the context of hiring new staff;
- The firm has a strong and sound capital base; and
- It is limited to the first year of service.

To demonstrate whether the guaranteed variable pay is exceptional the firm must consider whether the variable pay is exceptional both on commercial and prudential grounds. Firms should also consider the number of staff to whom they offer guarantees, and should ensure that guaranteed bonuses are not the «norm», but are rare and infrequent.



<sup>6</sup> This will be the case if the MRTs total remuneration for the performance year is not more than £500,000 and his variable pay for that performance year is not more than 33% of his total remuneration.

### **5.3. Discretionary variable remuneration**

The amount of the discretionary pay pool should be based on profit, adjusted for current and future risks, and take into account the cost and quantity of the capital and liquidity required.

### **5.4. Deferral**

At least 40% of variable pay awarded to relevant individuals who do not satisfy the de minimis concession must be deferred over 3 to 7 years depending on the nature of the employee's role taking into account the business cycle, the nature of the business, its risks and the activities of the individual in question. Where the variable pay is particularly high (generally £500,000, but it may be lower in certain circumstances), at least 60% must be deferred.

### **5.5. Payment in shares or ownership instruments**

For MRTs who do not satisfy the de minimis concession, 50% of both that part of the bonus which is immediately payable and that part of the bonus which is deferred should be paid on a net of tax basis in the form of shares or equivalent ownership interests or, where possible, capital instruments which adequately reflect the credit quality of the firm as a going concern.

Any shares, ownership interests, and non-cash instruments used should also be subject to a retention policy to ensure that the incentives are aligned with the longer term interests of the firm. Generally a six month retention period on a net of tax basis is acceptable.

### **5.6. Performance adjustment**

Firms should ensure that variable remuneration is subject to «performance adjustment». In particular this means that firms must ensure both the upfront and deferred portions of variable remuneration awarded to MRTs who do not satisfy the de minimis threshold are only paid or vest if it is sustainable according to the financial situation of the firm and justified on the basis of the performance of the firm, business unit and individual.

A malus arrangement –under which unvested variable remuneration is subject to adjustment– should be applied to variable remuneration (including any element to be paid in non-cash instruments) where: (1) there is reasonable evidence of an employee's misconduct or material error, (2) the firm or relevant business unit suffers a material down-

turn in its financial performance, or (3) the firm or the relevant business unit suffers a material failure of risk management. This includes circumstances where the staff member participated in, or was responsible for, conduct which resulted in significant losses to the firm or failed to meet appropriate standards of fitness and propriety (or both).

A clawback arrangement –under which firms are required to recover amounts that have been paid to employees– should operate for a minimum period of seven years from the date of award if: (1) there is reasonable evidence of employee misconduct or material error, or (2) the firm or the relevant business unit suffers a material failure of risk management. For SMs the clawback period should be extended for an additional three years if the firm starts an internal investigation or it is notified that a regulatory investigation has been started that could potentially lead to the application of the clawback (were it not for its expiration after seven years).

### 5.7. Future developments

On 21 December 2015 the European Banking Authority («EBA») published its final guidance on sound remuneration policies under CRD IV<sup>7</sup>, effective for performance periods beginning on or after 1 January 2017. On the same date the EBA also issued its opinion addressed to the European Commission, Parliament and Council on the application of the principle of proportionality to the remuneration requirements under CRD IV.

The principle of proportionality allows a firm to implement the CRD IV remuneration requirements in the way and to the extent that is appropriate having regard to the firm's size and internal organisation and the nature, scale and complexity of its activities.

Applying the principle of proportionality, the UK regulators categorise firms into three proportionality levels based on their total assets. Broadly, the more significant the firm and the greater potential risk that the firm's activities pose to financial stability, the higher the firm's proportionality level.

Proportionality level 3 firms (firms whose total assets are less than £15 billion), the lowest risk category, are exempt from the bonus cap. In addition, such firms are generally not obliged to apply the «pay out process rules», namely deferral (although it is considered best practice to operate some form of deferral), payment in shares or other instruments or operate performance adjustment.

The EBA's approach differs from the UK regulators in a number of areas particularly in relation to the principle of proportionality. The EBA considers that all firms subject to CRD IV should apply the bonus cap and that the proportionality principle does not

.....

7 <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/1314839/EBA-GL-2015-22+Guidelines+on+Sound+Remuneration+Policies.pdf> Page accessed 24/03/2016.

allow a firm to disapply any of the CRD IV requirements in their entirety, although the EBA have recommended that specific exemptions from the pay-out process rules are introduced for certain «small and non-complex» and for staff who receive «low levels» of variable pay, irrespective of the size and activities of their firm. The UK regulators have confirmed <sup>8</sup>that they will continue with their current approach in relation to the bonus cap (effectively meaning that proportionality level 3 firms will still not be obliged to apply the bonus cap) but that firms should comply with all other aspects of the EBA's guidelines.

## 6. REGULATION OF VARIABLE REMUNERATION – FTSE 350 COMPANIES

Companies listed on either the main market or the AIM of the LSE must ensure that their variable remuneration arrangements, particularly shares incentives, comply with various regulatory requirements. The regulatory requirements stem not only from legislation but also from best practice and the expectations of shareholders.

This section summarises the requirements and expectations in relation to the structure of variable remuneration set out in the UK Corporate Governance Code<sup>9</sup> («Code») and the Investment Associations («IA») Principles of Remuneration 2015<sup>10</sup> («IA's Principles»). In a number of areas the requirements or expectations for FTSE 350 companies are similar to the requirements for firms within the financial services sector. In other words, the restrictions which apply to firms within the financial service sector are «trickling down» to other sectors and ultimately are affecting the way in which those sectors structure their variable remuneration.

The Code is the key source of corporate governance recommendations for FTSE 350 companies listed on the main market of the LSE. It consists of principles of good governance, most of which have their own set of more detailed provisions. The Code sets out best practice for executive remuneration and incentives, and includes factors to be considered when setting performance conditions, as well as recommendations concerning how bonus payments should be structured.



8 <http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/news/2016/037.pdf> Page accessed 24/03/2016.

9 <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-2014.pdf> Page accessed 24/03/2016.

10 <https://www.ivis.co.uk/media/11101/Principles-of-Remuneration-2015-Final.pdf> Page accessed 24/03/2016.

Many institutional investor bodies publish their expectations for executive remuneration policies and practices, most notably the IA which represents the interests of investment managers. The IA's Principles are most influential for FTSE 350 companies but AIM companies are encouraged to observe them as «best practice». Whilst the IA's Principles are not binding, FTSE 350 companies ignore them at their peril –shareholders are likely to vote against variable remuneration which is out of line with the IA's Principles.

Particular points to note from the Code and the IA's Principles are:

- Complexity is discouraged. Shareholders prefer simple and understandable remuneration structures; simplicity can be improved by limiting variable remuneration to an annual bonus and one long term incentive scheme.
- Companies should determine an appropriate balance between fixed and performance-related, immediate and deferred remuneration. Performance conditions, including non-financial metrics where appropriate, should be relevant, stretching and designed to promote the long-term success of the company. Remuneration incentives should be compatible with risk policies and systems.
- All variable remuneration should include malus and clawback provisions.
- For share-based remuneration the remuneration committee should consider requiring directors to hold a minimum number of shares and to hold shares for a further period after vesting or exercise, including for a period after leaving the company, subject to the need to finance any costs of acquisition and associated tax liabilities.
- In normal circumstances, shares granted or other forms of deferred remuneration should not vest or be paid, and options should not be exercisable, in less than three years. Longer periods may be appropriate and shareholders would generally prefer longer performance periods. The use of additional holding periods is now commonly expected by investors, so that in total the performance and holding period should cover a period of at least five years.
- Grants under executive share option and other long-term incentive schemes should normally be phased (i.e. awarded each year) rather than awarded in one large block.
- Only basic salary (i.e. not variable remuneration) should be pensionable.

Another issue to bear in mind is that FTSE 350 companies are required to prepare an annual directors' remuneration report («DRR») covering long term incentive plans and other elements of remuneration.

The DRR must include a directors' remuneration policy, which is subject to a binding vote at least every three years, and an annual report on remuneration in the financial year

being reported on, and on how the current policy will be implemented in the next financial year, which is subject to an annual advisory vote.

It is important to ensure that any variable remuneration is consistent with the DRP as any obligation to make a non-compliant payment will have no effect and the employee will not be able to enforce it. In addition, any non-compliant payment actually made will be held in trust for the company and either the directors (on behalf of the company) or the shareholders are able to bring an action to recover the payment.

## 7. WHAT PERFORMANCE CONDITIONS MAY BE IMPOSED?

The key to the success of any variable remuneration arrangements is ensuring that the performance conditions (or pre-set targets) which must be met before the employee can benefit from the arrangements are well-drafted and in line with business strategy. This is essential to ensure that the employees are motivated to achieve the intended objectives of the business and/or carry out the desired behaviour. Arrangements where bonuses are awarded to all employees regardless of performance, or arrangements where the performance conditions are unrealistic and therefore are unlikely to be satisfied, so will have limited success in achieving an employer's goals.

The performance conditions imposed vary significantly depending on the employer, whether the employer is listed on the LSE, industry sector and the type of variable remuneration. Performance conditions may relate to personal and/or corporate performance and the level of the potential benefit from the variable remuneration will often depend on the extent to which the performance conditions have been met or exceeded.

Personal performance conditions may be financial (for instance, to reach a sales target) or non-financial (such as to reach a certain performance grade in an annual appraisal or complying with company policies and procedures).

Corporate performance conditions may be based on the performance of the team, the employing company and/or the overall group. The performance conditions may be set on an absolute basis looking at the performance of the company itself over a performance measure period or on a relative basis, comparing the performance of the company with a group of similar companies or a financial index.

Corporate performance measures fall into three main categories:

- Financial measures such as profit growth or earnings before interest, taxes, depreciation and amortisation or in the case of long-term equity incentives growth in earnings per share or return on equity;
- Operational or non-financial measures such as improved market share, product service quality levels; inventory level, safety records; and
- In the case of equity incentives, market-based performance conditions designed to measure the increase in the value of the business to investors. The most common market-based performance condition is total shareholder return which measures the increase in the company's share price together with dividends paid.

For smaller private companies the performance condition may relate to the achievement of a specific event for example achieving an exit such as a sale or flotation.

Under the CRR Remuneration Code firms are required to assess performance on a combination of the performance of the individual, the business unit and the firm's overall results. A significant part of an individual's assessment should be based on non-financial criteria, with emphasis on risk management, regulatory compliance and adherence to the firm's values. The UK regulators consider that Earnings Per Share and Total Shareholder Return are not properly adjusted for long-term risk, and should only be used as part of a balanced scorecard which gives credible weight to non-profit based measures.

FTSE 350 companies are required under the Code to impose challenging performance conditions reflecting the company's objectives on all incentive plans.

In addition, major shareholders will not vote in favour of arrangements that do not contain adequate performance conditions. The IA's Principles sets out investor expectations for performance conditions stating:

*«Performance measures and vesting conditions should be fully explained and clearly linked to the achievement of appropriately challenging financial performance which will enhance shareholder value ... Shareholders have a clear preference for financial measures linked to value creation. Performance criteria should be linked to the Company's long-term strategy and targets reflect an appropriate balance between the shorter- and longer-term.»*

There are a number of detailed recommendations in the IA's Principles regarding performance conditions which are beyond the scope of this article. Particular points to note include the following recommendations/expectations:

- Sliding scales and graduated vesting profiles are a useful way of ensuring that performance conditions are genuinely challenging. They generally provide a better motivator for improving corporate performance than a 'single hurdle'.

- Full vesting should reflect exceptional performance and so be dependent on achievement of significantly greater value creation than that applicable to threshold vesting.
- Awards should not vest for less than median performance.

## 8. OTHER LEGAL ISSUE

### 8.1. Discretionary or contractual bonus

Bonuses may be contractual, i.e. guaranteed under contract or guaranteed dependent on achievement of set goals, or discretionary. They may also be a combination of the two.

#### *8.1.1. Contractual bonuses without performance criteria*

In some cases, an employee may have a clear contractual guarantee that a bonus will be paid in its entirety. Examples of guaranteed contractual bonuses which are not dependent on performance criteria and do not include any element of uncertainty would be:

- A sign-on bonus; and
- An annual cash bonus which is guaranteed for the first two years of an employee's employment to incentivise them to join the company.

In these cases, the employee will have an unqualified contractual right to receive the bonus, and the employer will have a contractual obligation to pay it. In the event that it is not paid, the employer may pursue a claim of unlawful deductions from wages or a breach of contract claim, without being required to prove anything other than that the employer has not paid the bonus.

#### *8.1.2. Contractual bonuses with performance criteria*

A contractual bonus may also be subject to certain performance criteria being met. These criteria may relate to the individual employee, the business as a whole, or a business unit. In this case, where the criteria are met the bonus will again be payable as a matter of contractual right to the employee. Where the criteria are formulaic, the employee retains

a greater degree of certainty under a bonus structure compared to a discretionary bonus. Examples of formulaic criteria would be:

- a 20% bonus for a business development manager if an employer's client base increases by 5% by a certain date;
- a fixed-figure bonus provided an employee reaches a target number of hours worked, or a target figure of income generated; or
- a variable bonus directly relating to the percentage of income over target which the employee's department generates over the course of a year.

Again, if an employer failed to pay such a bonus where the performance criteria had been fulfilled, an employee would be able to bring a claim for full payment without being required to prove that the employer had acted unreasonably, provided they could show that the requirements of the bonus had been met.

However, where there is a greater degree of subjectivity in the performance criteria, particularly where the employer is required to form an opinion, there will be more room for dispute. Some examples of situations where an employer is required to form an opinion in the award of a bonus would be:

- a bonus relating to personal performance which does not specify any tangible and measurable targets;
- a bonus relating to unit performance which states that bonuses will be awarded where a unit has «substantially» increased its productivity levels; or
- a bonus which is awarded «according to company performance.»

Where an employer is required to form an opinion as part of its contractual obligation, it must do so reasonably and in good faith under English law. An employee who does not receive their bonus under such a contractual provision will therefore have to prove not only that they have not received the bonus they should have, but that the employer did not act reasonably and in good faith in failing to award that bonus. An employer may find it difficult to show that it acted reasonably where grounds are not specified in the contract, or where it has historically always paid out a particular bonus.

### 8.1.3. *Non-contractual bonuses*

Most bonuses will be wholly or partly discretionary. The wording for a wholly discretionary bonus will typically provide that there is no right to a bonus, and that payments

may be made entirely at the employer's discretion. An employer who successfully includes such wording in their contracts in principle has no obligation to pay any bonus. However, employers should be aware that their behaviour may lead to a court concluding that there is an implied contractual right to a bonus where it has been paid regularly (see below for further discussion).

Where a bonus is discretionary, an employer will not be required to show that they have acted reasonably (as they do with contractual bonuses where employer's opinion forms part of a performance criteria) in deciding whether and what to pay an employee. They will, though, not be able to withhold a discretionary bonus «arbitrarily, capriciously or unreasonably.» However, this is a very low standard to meet as evidenced by case law.

A recent case<sup>11</sup> confirmed that an employer's obligation to show that they have not acted unreasonably in choosing whether to award a discretionary bonus is not a high hurdle. A claimant sought to argue that he was entitled to receive a bonus (which was explicitly stated to be «at the absolute discretion of the company») on the basis that colleagues in similar roles received guaranteed bonuses. The High Court struck the claim out, as it found there was no reasonable prospect of the employee's claims succeeding at trial. It found that the employer's decision to award different levels and structures of bonus to different employees was entirely rational and reasonable, on the basis that some employees are more desirable and thus require higher levels of incentive. It reiterated that it would require an «overwhelming» case to persuade a court that a failure to award a certain level of discretionary bonus was irrational or perverse. This case reaffirms the wide freedom employers are given in determining pay-out under discretionary bonus schemes. Employers may therefore prefer such wording to contractual bonuses.

#### 8.1.4. *Uncertainty over whether a bonus is contractual or discretionary*

Sometimes the line between contractual and discretionary bonuses can be blurred. Even where a bonus scheme is stated to be wholly discretionary, if an employee has been paid bonuses on a regular basis they may argue that they have an implied contractual right to receive them according to the employer's custom and practice. A court will consider all relevant information in such a case, including a practice of making payment over previous years, when deciding whether «discretion» is to be construed as having contractual elements. Cases where a bonus has been found to be contractual in spite of wording to the



11 *Paturel v DB Services (UK) Ltd* [2015] EQHC 3659; [2015] EWHC 3660 (QB).

contrary include one where an employee received a bonus for five years running, although the terms surrounding the award of the bonus were never put into writing. When the employee resigned, his employer failed to pay him the bonus and asserted that it was entirely discretionary. However, the Employment Tribunal held that the bonus had, by custom and practice, become contractual, and since the employee had not been informed that the circumstances had changed he had a reasonable expectation of being awarded it and a right to receive it.

## 8.2. Holiday pay and bonuses

A recent string of English cases deals with the issue of what aspects of remuneration constitute «normal pay» and, as a result, need to be included in an individual's holiday pay. The principle focus of the litigation has been on overtime and on commission. The Employment Appeal Tribunal's judgment in *Bear Scotland and others v Fulton and others* [2014] UKEAT 0047/13/0411 held that payment for compulsory and regular overtime should be considered normal pay for the purposes of calculating holiday pay. *Lock v British Gas* (Case C-539/12) [2014] ICR 813 recognised that payment for tasks which are not always required by the employer but are required only now and then is not likely to constitute normal pay for the purposes of calculating holiday pay.

These cases pose the question of whether bonus payments must be included in the calculation of holiday pay. While it seems highly unlikely that a discretionary bonus could be described as normal pay, a bonus which is contractual either under the contract or by interpretation may be held to be normal pay, and an employer may potentially be required to take them into account when calculating holiday pay.

## 8.3. Potential discrimination issues

Although employers generally pay bonuses for good reasons, it is easy for discrimination to creep into a bonus system. A clear example is a bonus which relies on attendance or productivity, both of which may be indirectly discriminatory under the Equality Act 2010. Bonuses which reward time spent at work, whether directly through hourly targets or indirectly through other performance criteria, have the effect of placing part-time workers at a disadvantage. As these roles are predominantly carried out by women, such schemes could be indirectly discriminatory. Similar issues could also arise in relation to employees' disability or their religion.

Employers should be conscious of providing a fair and transparent bonus scheme,

ideally with written reasons for any formula applied and for the award of bonuses. The English courts have seen cases of women bringing sex discrimination claims when they were awarded lower bonuses than male comparators in which the employer was unable to provide justification for this. As the bonus in a discrimination claim is on the employer to disprove a claim, it is important that an employer in such a situation can evidence its fair process and the fair reasons for awarding a particular bonus to a particular individual.

#### **8.4. Gender pay gap reporting**

Measures requiring companies to report on their gender pay gap are due to come into force on 1 October 2016 under the Equality Act 2010, the UK's primary piece of equality legislation. Draft legislation is currently open for consultation at the time of writing and is due to be concluded by 11 March 2016. Under the draft Regulations, companies with more than 250 employees will have to publish reports stating the difference between the average pay of their male and female employees, this will include bonus payments. Employers will be required to publish on their website the following information relating to bonuses:

- The difference in mean bonus pay between male and female employees during a 12 month period; and
- The proportion of male and female employees who received bonus pay during a 12 month period.

Bonuses are one of the biggest drivers of gender pay gap discrepancies, particularly at senior levels, as they can be among the least transparent forms of pay. Requirements cover public sector as well as private and voluntary sector employees, so it is clear that a large proportion of companies in the UK will find themselves subject to these new reporting requirements. By forcing companies to publicly declare their statistics, the hope is that businesses will be encouraged to analyse the causes of any gender-based pay and bonus gaps and factors influencing the salary progression of women.

#### **8.5. Leavers**

It is important to ensure that variable remuneration arrangements contain well-drafted provisions setting out the consequences if the employee's employment terminates before the bonus is paid or the shares are transferred.

In the UK it is permissible for an employer to provide that an employee will forfeit his awards of variable remuneration if his employment terminates or he gives or receives notice at any time during the performance period or before payment of the variable remuneration, irrespective of the reason for the termination of his employment.

That said, variable remuneration arrangements often contain «good leaver» provisions under which an employee will usually be allowed to keep his awards (subject to the satisfaction of performance criteria) on the termination of his employment. Such awards are normally paid on a pro rata basis depending on the length of time that the employee has continued as an employee during the performance period.

The meaning of the terms «bad leaver» and «good leaver» is key. There is a variety of definitions that could be used. For example a bad leaver could be defined as an employee who voluntarily resigns or is dismissed for gross misconduct or could be limited to those employees whose employment is terminated other than by reason of redundancy or ill-health.

For FTSE 350 companies, the IA's Principles state:

- Where individuals resign before the end of the performance period, or in the event that employment is terminated for cause, any unvested awards should normally lapse.
- In other circumstances of cessation of employment, some portion of the award may vest, to the extent of the performance period that has been completed, but subject to the achievement of relevant performance criteria. In general, the originally stipulated performance measurement period should continue to apply. However, where in the opinion of the company, early vesting is appropriate, or necessary, awards should vest by reference to performance criteria achieved over the period to date. Such circumstances may include disability, ill health, redundancy, retirement or analogous reasons for departure of a 'good leaver' nature.

## 8.6. Clawback

There are a number of issues to be considered in designing clawback for variable remuneration. Two of the main issues are summarised below.

- *How to give effect to clawback.* If the employee is a continuing employee, this can sometimes be achieved by reducing other amounts due to the employee, such as bonuses or awards under other schemes. Often, though, the employee will have been dismissed, in which case it may be very difficult in practice to recover an-

anything from him. It is illegal for an employer to receive a payment from an employee unless the employee has given prior written consent (so there needs to be a procedure under the plan whereby the employee signs an agreement to make clawback payments).

- *Whether clawback is gross or net of tax.* If the employee has paid tax on the award it is arguably fair that the clawback should apply only to the net amount he actually benefitted from but this will leave the employer «out of pocket» for an amount equal to the tax and NIC. If the employee is obliged to repay the gross amount, it may not be possible for him to recover the tax from the UK tax authorities.

## 9. POTENTIAL IMPACT OF BREXIT

If the UK votes to leave the EU in the referendum on 23 June 2016, it will have a significant impact in a number of areas. The nature of the impact will depend on the model that the UK adopts post-Brexit for example whether the UK seeks to join the EEA or whether the UK seeks to agree independent Free Trade Agreements. As a general principle, however, it is likely that the UK would seek, as far as possible, to deregulate and reduce EU regulation particularly in relation to remuneration in the financial services industry.

## 10. CONCLUSION

The consequences of the financial crisis show what can happen when variable remuneration incentivises the wrong behaviour. Yet equally, seeking to cap the amount of variable remuneration has also had negative unintended, consequences in the UK.

Employers are required to «navigate a minefield» to ensure that the variable remuneration arrangements incentivise and encourage the right behaviours and provide the right rewards taking into account the requirements of regulators and expectations of shareholders as appropriate.

Given the increasing disparity between the highest paid senior executives and the workforce generally in the UK, one might hope that this would provide employers with an

opportunity to offer other, perhaps non-financial incentives to their senior employees. However, it is clear that variable remuneration is, and will remain a key element of remuneration packages paid by UK companies, and that a shift away from financial reward particularly for senior executives will not be forthcoming and is probably less likely to be less forthcoming in the event of Brexit.

**VICTORIA GOODE**

*Partner – Head of Reward Practice at Lewis Silkin LLP*

*victoria.goode@lewissilkin.com*

**ANNA BOND**

*Employment Associate at Lewis Silkin LLP*

*Anna.Bond@lewissilkin.com*

**SECCIÓN DE MEDIDAS  
DE DERECHO COMPARADO**

# LA RETRIBUZIONE VARIABILE IN ITALIA

ANTONI DI STASI

*Professore di Diritto del Lavoro  
nell'Università Politecnica delle Marche*

Fecha de recepción: 01/04/2016

Fecha de aceptación: 06/04/2016

**SUMARIO:** 1. ANTECEDENTI E DEFINIZIONI. 1.1 Dalla retribuzione a cottimo a quella oraria. 1.2. Aumenti retributivi e salvaguardia del valore reale delle retribuzioni. 1.3. La critica al meccanismo di rivalutazione automatica delle retribuzioni e il passaggio ad un sistema di blocco della «spirale» retributiva. Il Protocollo del 1993. 1.4. Il superamento (non sostanziale) del Protocollo del 1993 e l'attuale sistema di relazioni sindacali. 2. LA RETRIBUZIONE VARIABILE NEGLI ACCORDI AZIENDALI. 2.1. Le modalità di calcolo della retribuzione variabile. 2.2. Il parametro da valutare. Gli obiettivi di redditività e quelli di produttività. 2.3. La questione della ampiezza del «Gruppo di lavoratori». 3. INCENTIVI ED EFFETTIVITA'. 3.1. Gli incentivi fiscali. 3.2. Gli incentivi previdenziali. 4. GLI ASPETTI PROBLEMATICI. 4.1. Il *free riding*. 4.2. Premialità e assenze del lavoratore. 4.3. Cessazione del rapporto di lavoro e diritto al premio. 4.4. Premio di risultato e proporzionalità della retribuzione. 4.5. Retribuzione variabile e partecipazione.

**RESUMEN:** La retribuzione variabile, intesa come quella contrattata a livello territoriale o aziendale per gruppi di lavoratori, rappresenta in Italia l'unico mezzo per aumentare il compenso dei dipendenti in quanto la contrattazione collettiva nazionale ha il compito di stabilire minimi retributivi i cui aumenti devono essere in linea con l'inflazione. Il legislatore incentiva il ricorso ai premi di produttività o di redditività con una disciplina fiscale e previdenziale di favore per entrambe le parti, lavoratori e datori di lavoro, ma i benefici

sono modesti e le diverse questioni problematiche –esaminate nel saggio– spiegano la scarsa diffusione della contrattazione decentrata.

**ABSTRACT:** The variable wages, (i.e. the activities contracted to local or company level for groups of workers), in Italy is the only means to increase the wages and salaries of workers as the national collective bargaining has the task of establishing minimum wage, which increases must be in line with inflation. The legislator stimulates the use of performance bonuses or profitability with a fiscal discipline and social security rules of favour for both parties, workers and employers, but the benefits are modest and the various problematic issues – examined in the essay – explain the limited diffusion of local or company bargaining.

**PALABRAS CLAVE:** Retribuzione variabile, contrattazione aziendale, premio di produzione, benefici fiscali, partecipazione dei lavoratori.

**KEYWORDS:** Variable wages, company bargaining, production bonuses, tax benefits, employee participation.

## 1. ANTECEDENTI E DEFINIZIONI

L'espressione «Retribuzione variabile» viene utilizzata in Italia per identificare quella parte di retribuzione del lavoratore che viene erogata come una sorta di «premio» e cioè ogni qual volta si raggiungono degli obiettivi o dei risultati. Accanto ad un trattamento retributivo fisso, nel senso che spetta per il *solo* svolgimento della prestazione lavorativa ed è quasi sempre rapportato ad una retribuzione oraria secondo quanto pattuito nel contratto individuale o nel contratto collettivo (tendenzialmente «nazionale» e di «categoria»), dunque, il lavoratore trova una «voce» o più «voci» che sono eventuali nel senso che possono essere riconosciute, o no, oppure che possono essere riconosciute con una periodicità che può essere mensile come annuale.

La retribuzione variabile stabilita nei contratti individuali non è stata oggetto di indagine estesa da parte della letteratura scientifica – sia perché riguarda un numero di lavoratori esiguo e sia perché i lavoratori che hanno la forza di imporre «premi» o «benefici» al raggiungimento di determinati risultati ricoprono posizioni dirigenziali e come tali contrattano su un piede di parità<sup>1</sup> – mentre, invece, grande interesse ha suscitato la retribuzione variabile stabilita da contratti collettivi, specialmente da parte di quelli aziendali.

### 1.1. Dalla retribuzione a cottimo a quella oraria

Il codice civile, emanato nel 1942, prevede nell'art. 2099, tuttora in vigore, al primo comma che la retribuzione può essere a tempo o a cottimo, salvo poi aggiungere che può essere con partecipazione agli utili, ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura<sup>2</sup>. È così accaduto che per molti decenni l'utilizzo del «cottimo» e cioè la scelta di legare

.....

1 L'ammontare e il modo di calcolo della retribuzione variabile individuale vengono stabiliti per lo più da prassi aziendali e da accordi individuali. Nella sua forma più frequente consiste in un importo che viene corrisposto in base a una formula di calcolo prestabilita come ad esempio volumi di vendite, volumi di attività, riduzioni di costi. In alcuni casi i premi vengono corrisposti non solo in denaro, ma anche sotto forma di beni (fringe benefits) o partecipazioni azionarie.

2 Il legislatore sembra solo prendere atto delle modalità retributive conosciute e con una tecnica «non felice». Cfr. GIUGNI, G., «Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo», *Riv. Dir. Lav.*, 1968, p. 6 ss.

la retribuzione in base alla quantità di lavoro prodotta o stimata<sup>3</sup> è stata contrastata dal movimento sindacale per evitare ai lavoratori quello che fu definito lo «stress da esame» a causa della misurazione giornaliera delle prestazioni e comparazione della efficienza tra lavoratori. In sede di contrattazione collettiva negli anni '60 e '70 i lavoratori riescono ad ottenere il riassorbimento del «guadagno di cottimo» nella retribuzione c.d. base e a parametrare la retribuzione sul tempo di lavoro con la previsione di una paga oraria<sup>4</sup>. In questi due decenni il sindacalismo fa proprio l'obiettivo egualitario e quindi l'azione contrattuale tende alla parificazione e semplificazione dei trattamenti: il *quantum* retributivo viene accorpato per «categorie» o «livelli» professionali nell'ambito delle quali le differenze «di risultato» tra l'attività svolta in concreto tra un lavoratore ed un altro non comporta differenze retributive<sup>5</sup>. In altri termini, la rilevanza del cottimo diminuisce enormemente e quasi sparisce dalle buste paga dei lavoratori.

## 1.2. Aumenti retributivi e salvaguardia del valore reale delle retribuzioni

La formidabile forza sindacale degli anni '70 porta ad una stagione contrattuale in cui a livello nazionale si prevedono aumenti contributivi della paga oraria con l'obiettivo di parificare le condizioni retributive di tutti i lavoratori di una medesima categoria su tutto il territorio nazionale, mentre nelle singole aziende vengono stipulati contratti aziendali che a seconda delle diverse condizioni di floridità economica dell'impresa e di capacità conflittuale dei lavoratori prevedono ulteriori aumenti retributivi, quasi sempre su base oraria. Nel contempo l'erosione del valore reale delle retribuzioni, a fronte di una inflazione a due cifre, viene combattuta con il meccanismo della c.d. «scala mobile»: la rivalutazione delle paghe è automatica e pari al tasso di inflazione rilevato dall'Istituto di statistica su un paniere di beni di consumo.

## 1.3. La critica al meccanismo di rivalutazione automatica delle retribuzioni e il passaggio ad un sistema di blocco della «spirale» retributiva. Il Protocollo del 1993

Il meccanismo della scala mobile venne ritenuto da alcuni economisti come produttivo esso stesso di inflazione per cui nel 1983 il Governo presieduto dal socialista Bettino Craxi

.....

3 Cfr. TULLINI, P., «Lavoro a cottimo e principio di corrispettività», in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, p. 697 ss.

4 Il periodo che va dalla fine degli anni '60 a tutto il decennio '70 è complessivamente contraddistinto da un «irrigidimento» dei sistemi tradizionali di incentivo; il cottimo e il premio di produzione diminuiscono, infatti, la loro percentuale di incidenza sulla retribuzione globale e, soprattutto, perdono — più drasticamente che in passato — le loro originarie funzioni incentivanti. Sul tema ALAIMO, A., «Sistemi Partecipativi e incentivanti di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia», *Dir. Rel. Ind.*, 1992, p. 23 ss.

5 A partire dal 1969 i Contratti collettivi Nazionali di Lavoro prevedono il c.d. «inquadramento unico» superando gran parte delle diversità di trattamento tra impiegati ed operai e lo Statuto dei Lavoratori (l. n. 300 del 1970) riforma la disciplina delle mansioni.

decise di «tagliare» il rapporto tra aumento dell'inflazione e pari aumento percentuale delle retribuzioni. La vicenda è passata alla storia come il taglio dei punti di contingenza le cui conseguenze andarono ben oltre gli effetti sulle buste paga dei lavoratori tanto che produssero una divisione sindacale (non solo tra la Cisl e Uil da un lato e la Cgil dall'altro, ma anche all'interno della stessa Cgil tra la componente socialista e quella comunista) e la richiesta di un referendum abrogativo delle disposizioni introdotte con il decreto-legge 17 aprile 1984, n. 70 (convertito in legge 12 giugno 1984, n. 219), concernente misure urgenti in materia di tariffe, di prezzi amministrati e di indennità di contingenza<sup>6</sup>.

Il corpo elettorale si espresse in favore del mantenimento della disciplina che permetteva la riduzione del valore reale delle retribuzioni a seguito dell'erosione dell'inflazione; diminuzione poco significativa in quanto riduceva il meccanismo di recupero dell'inflazione di pochi decimali, ma gli effetti politico-sindacali furono dirompenti tanto che si affermò la convinzione della necessità di mettere un freno agli aumenti delle buste paga e sterilizzare le spinte contrattuali tese ad aumentare la retribuzione.

Il Protocollo del 23 luglio 1993, un Accordo firmato dalle maggiori organizzazioni sindacali dei lavoratori con tutte le organizzazioni di rappresentanza delle imprese e che fu definito dal Ministro del lavoro Giugni come il «sistema costituzionale»<sup>7</sup> delle relazioni industriali, dopo aver affermato l'esistenza di un doppio livello contrattuale (uno nazionale ed uno, alternativamente, territoriale o aziendale), non solo disciplinava i rapporti fra gli accordi di diverso livello, ma aveva il dichiarato compito di superare «le tradizionali anomalie del sistema retributivo e contrattuale italiano»<sup>8</sup>.

Il Protocollo del 1993 manteneva la preminenza del contratto nazionale di categoria con il compito, per quanto riguarda il tema delle retribuzioni, di adeguare il trattamento economico al tasso di inflazione, con la specificazione che non poteva superare il tasso di inflazione previsto dal Governo (salvo prevedere poi, una volta verificata l'inflazione reale, il meccanismo attraverso il quale recuperare gli eventuali differenziali).

Il contratto collettivo di secondo livello (ma nella esperienza pratica il riferimento va al contratto aziendale) poteva intervenire solo sulle materie espressamente rinviate dal contratto nazionale e su istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli retributivi propri del contratto nazionale. In sostanza, il Protocollo (nel Paragrafo 2.3) stabiliva che a livello aziendale non potessero essere previsti aumenti della retribuzione oraria,

.....

6 L'art. 3 del decreto-legge reca il seguente testo: «Per il semestre febbraio-luglio 1984, i punti di variazione della misura della indennità di contingenza e di indennità analoghe, per i lavoratori privati, e della indennità integrativa speciale di cui all'art. 3 del decreto-legge 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, nella legge 25 marzo 1983, n. 79, per i dipendenti pubblici, restano determinati in due dal 1° febbraio e non possono essere determinati in più di due dal 1° maggio 1984».

7 Cfr. TREU, T., «L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione», *Riv. Giur. Lav.*, 1993, p. 215 ss.

8 ZOLI, C., «Struttura della contrattazione collettiva e rapporti tra contratti collettivi di diverso livello», in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ESI, Napoli, p. 301 ss.

doendosi legare eventuali altre erogazioni economiche a premi da erogare al raggiungimento di determinati obiettivi<sup>9</sup>. Di contro, era esclusa dalla competenza nazionale la possibilità di disciplinare questa materia tanto che veniva riconosciuta una competenza esclusiva al contratto di secondo livello nella regolamentazione della retribuzione variabile.

#### **1.4. Il superamento (non sostanziale) del Protocollo del 1993 e l'attuale sistema di relazioni sindacali**

Sul finire del primo decennio del nuovo secolo si rompe la tradizionale unità sindacale fra le tre più importanti confederazioni sindacali e viene stipulato soltanto da Cisl e Uil con Confindustria un Accordo Quadro (del 22 gennaio 2009)<sup>10</sup> in «sostituzione» (v. oltre) del Protocollo del 1993.

I motivi posti alla base della riforma contrattuale risiedevano nella circostanza che i contratti non venivano rinnovati secondo le scadenze previste dal Protocollo del 1993 (di quattro anni), il tasso di inflazione programmata risultava distante dalla reale inflazione, la contrattazione decentrata ovvero aziendale era limitata alle sole grandi o al massimo medie imprese, mentre risultava assente o impotente nelle piccole imprese, di fatto comportando un'assenza anche del premio di risultato e, di conseguenza, un mancato adeguamento delle retribuzioni.

In realtà, il nuovo sistema e gli accordi interconfederali emanati in sua attuazione confermano nella sostanza il sistema precedente con alcune significative modifiche: permangono i due livelli di contrattazione, ma la durata dei contratti viene portata a 3 anni; permangono i due livelli contrattuali, quello nazionale di categoria e quello aziendale/territoriale, ma la clausola di ripetibilità viene estesa alla totalità degli istituti e non solo a quelli retributivi, come avveniva in precedenza.

Per ciò che concerne gli aumenti retributivi con i rinnovi contrattuali si abbandona il «tasso di inflazione programmata» come indicatore di crescita dei prezzi al consumo e si prende in considerazione un nuovo indice previsionale, stabilito da un soggetto terzo ed estraneo alle parti sociali, costruito sulla base dell'IPCA (Indice Prezzi al Consumo Armonizzato in ambito europeo per l'Italia).

Vengono confermati i premi di risultato o per obiettivi, previsti dai contratti decentrati (a livello territoriale o aziendale), ma viene previsto che la contrattazione nazionale defi-

.....

<sup>9</sup> Sulle ragioni di questa esigenza cfr. CELLA, G. P. (a cura di), «Il ritorno degli incentivi», Milano, Franco Angeli, 1989.

<sup>10</sup> Tra i più importanti accordi interconfederali in attuazione dell'Accordo Quadro va citato l'Accordo Interconfederale per il settore industriale del 15 aprile 2009.

nisca «l'elemento economico di garanzia», una somma che le aziende devono erogare in mancanza della previsione di un premio di risultato.

Alla contrattazione decentrata viene concesso il potere di derogare *in pejus* la disciplina economica e normativa prevista dai contratti nazionali, qualora ciò sia necessario per fronteggiare situazioni di crisi territoriali o aziendali.

Il paragrafo 3.3 dell'A.I. del 2009, con una formulazione in parte diversa da quella del Protocollo del 1993, prevede che «il premio variabile sarà calcolato con riferimento ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi, concordati fra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività, di qualità, di redditività di efficacia, di innovazione, di efficienza organizzativa ed altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività aziendale nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa».

Nel 2011 si ricompono l'unità sindacale tra Cgil, Cisl e Uil e viene stipulato con la Confindustria l'Accordo Interconfederale del 28 giugno sulle regole per la misurazione della rappresentatività, sulla efficacia dei contratti collettivi aziendali e sulla portata delle clausole di tregua sindacale<sup>11</sup>.

Per quanto riguarda l'efficacia dei contratti aziendali si stabilisce che se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie i contratti collettivi aziendali sono efficaci, ad eccezione della parte obbligatoria, per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie dell'accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda<sup>12</sup>. Riprendendo i contenuti del paragrafo 16 dell'Accordo del 22 gennaio 2009 si prevede la possibilità che gli accordi aziendali possano definire intese modificative di istituti contrattuali del Ccnl secondo le procedure regolate negli stessi contratti nazionali e, qualora non previste, anche direttamente attraverso il contratto aziendale stipulato dalle rappresentanze sindacali in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria nei casi di crisi aziendale o di nuovi significativi investimenti e relativamente agli istituti che disciplinano la prestazione lavorativa, agli orari di lavoro e all'organizzazione del lavoro.

Il succedersi di diversi Accordi Interconfederali, stipulati da soggetti non coincidenti, ha portato ad interrogarsi sui rapporti fra di essi<sup>13</sup>; in ogni caso, sembrerebbero sopravvi-



11 L'intesa prevede un sistema di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali che tiene conto del dato associativo e di quello elettorale. Cfr. CARINCI, F., «L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace», in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, p. 457 ss.

12 In caso di presenza delle rappresentanze sindacali aziendali costituite ex art. 19 della legge n. 300/70, i suddetti contratti collettivi aziendali esplicano pari efficacia se approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quelli in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda.

13 CARINCI, F., «L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace», in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, p. 457 ss.

vere *in parte qua* le intese del 1993 e del 2009 in quanto l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 non interviene su una serie di questioni regolate dai precedenti accordi. Ad esempio, con riferimento al tema della retribuzione variabile l'Accordo del 2011 nulla disciplina anche se la richiama nel paragrafo 8. I inoltre, le parti – nel concordare di richiedere al Governo ed al Parlamento che venga confermato il sostegno alla contrattazione collettiva decentrata rendendo strutturale la detassazione del 10% del salario di produttività e la decontribuzione – implicitamente confermano il sistema di retribuzione incentivante a livello di contrattazione territoriale o aziendale.

Anche il successivo Testo Unico del 10 gennaio 2014 stipulato tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil<sup>14</sup> non sembra particolarmente innovativo sul punto della retribuzione variabile stabilendo che «La contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate e con le modalità previste dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge<sup>15</sup>... I contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro. Ove non previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia nel contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'azienda, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le relative organizzazioni sindacali territoriali di categoria espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale o che comunque tali accordi abbiano formalmente accettato, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa, possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro. Le intese modificative così definite esplicano l'efficacia generale come disciplinata nel presente accordo.

.....

14 Per una approfondita analisi v. BARBIERI, M., «Il testo unico alla prova delle norme giuridiche», in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, p. 3 ss.

15 Il Testo Unico, in effetti, si concentra piuttosto sulla misurazione della rappresentatività sindacale e sulla efficacia soggettiva della contrattazione aziendale tanto da prevedere che «I contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci ed esigibili per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali, espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 e del presente Accordo, o che comunque tali accordi abbiano formalmente accettato, operanti all'interno dell'azienda, se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali convenute con il presente Accordo».

## 2. LA RETRIBUZIONE VARIABILE NEGLI ACCORDI AZIENDALI

Le origini della disciplina della «moderna» retribuzione variabile<sup>16</sup>, laddove viene riservata nella composizione del salario un certo spazio a voci retributive correlate elasticamente ad indici dinamici, quali la efficienza produttiva o la redditività dell'impresa<sup>17</sup>, vanno collocate nelle tornate contrattuali successive al Protocollo del 1993, anche se le prime esperienze pilota risalgono agli Accordi Fiat e Olivetti, rispettivamente, del 18 luglio e del 20 ottobre 1988<sup>18</sup>.

La motivazione contenuta nelle premesse dei contratti aziendali è solitamente quella che evidenzia come questa voce retributiva sia un importante strumento di integrazione dei dipendenti nel sistema aziendale, perché può indirizzare i comportamenti lavorativi verso i risultati aziendali o di gruppo, e può facilmente stabilire un rapporto tra andamenti aziendali e trattamenti economici in grado di contribuire alla salvaguardia dei livelli di occupazione<sup>19</sup>.

### 2.1. Le modalità di calcolo della retribuzione variabile

Nell'esperienza contrattuale aziendale si ritrovano modalità di erogazione, condizioni ed obiettivi molto eterogenei. Innanzitutto la prima distinzione va fatta fra quegli accordi che stabiliscono un unico risultato e quelli che predeterminano una pluralità di obiettivi al cui singolo raggiungimento viene erogato un premio relativo<sup>20</sup>.

Negli accordi che stabiliscono una pluralità di obiettivi «a gradini» si riduce il rischio per i lavoratori di non conseguire alcun aumento retributivo per cui ad esempio se il risultato non viene raggiunto al 100%, ma solo al 90%, i lavoratori percepiscono l'80% della

16 La nascita e le vicende della retribuzione variabile sono ben ricostruiti da ALAIMO, A., «Sistemi partecipativi e incentivi di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia», in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, p. 13 ss. Sul tema v. anche S. BELLOMO, «Retribuzione, produttività e assetti contrattuali a quindici anni dal Protocollo Ciampi», in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, tomo I, Bari, Cacucci, 2008, p. 113 ss.

17 Cfr. BIRINDELLI L., e D'ALOIA, L., «Produttività e politiche dei redditi», in *Quad. Rass. Sind.*, 2002, 4, p. 69 ss.

18 D'ANTONA, M., e DE LUCA TAMAJO, R., «La retribuzione ad incentivi: introduzione», *Dir. Rel. Ind.*, 1993, p. 5 ss. Un commento specifico sui primi contratti aziendali con esame di quello della Fincantieri di Castellamare di Stabia del 30 settembre 1988 e quello successivo del 9 aprile 1992 è svolto da SANTUCCI, R., «La retribuzione incentivante alla Fincantieri di Castellamare di Stabia», in ZOPPOLI, L. (a cura di), *Retribuzione incertivante e rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 72 ss.

19 Per una analisi critica v. LASSANDARI, A., «Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e di incontri (mancati)», in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, p. 299 e ss.

20 Appartengono al primo genere in quanto il premio viene concesso solo con il raggiungimento completo dell'obiettivo, ad esempio, il contratto Fiera S.p.a. del 23 maggio 2007, il quale prevedeva l'erogazione di un premio di € 2600 a tutti i lavoratori se l'impresa consegue l'obiettivo di redditività prefissato ed il contratto Coca Cola del 7 luglio 2011; appartengono al secondo genere, ad esempio, il contratto Telecom Italia del 14 maggio 2008 ed il contratto Barilla del 24 giugno 2011.

somma destinata al premio. Quando invece si supera l'obiettivo preventivato normalmente si prevede un ulteriore aumento<sup>21</sup>.

## 2.2. Il parametro da valutare. Gli obiettivi di redditività e quelli di produttività

Nell'esperienza, la quasi totalità degli accordi aziendali prevedono l'erogazione del premio al raggiungimento di determinati livelli di redditività o di produttività che vengono aumentati rispetto a quelli conseguiti l'anno precedente.

Le aziende tendono a far riferimento alla redditività dell'impresa mentre le organizzazioni sindacali ad indici di redditività in quanto nel primo caso il raggiungimento di determinati livelli di redditività dipende anche dagli investimenti dell'impresa, dall'acquisto di nuovi macchinari, dall'andamento del mercato ovvero dai risultati finanziari; nel secondo, invece, l'obiettivo è più strettamente correlato alla prestazione dei lavoratori<sup>22</sup>. La misurazione della produttività è data da una funzione matematica ed esprime la relazione fra determinati *input* immessi nel ciclo produttivo e gli *output* prodotti. La misurazione della redditività sono relativi al «valore aggiunto» – che è un indice della ricchezza prodotta dall'impresa; al «margine operativo lordo» quale differenza fra il «valore aggiunto» ed il costo del lavoro; all'«utile operativo» che segnala l'efficienza della gestione ed è pari alla differenza fra il margine operativo lordo e gli ammortamenti ed accantonamenti; all'«utile netto» che è il risultato economico finale il quale però è fortemente influenzato dalle politiche di bilancio della società<sup>23</sup>.

## 2.3. La questione della ampiezza del «Gruppo di lavoratori»

Altro tema su cui si confrontano le parti sociali è il perimetro da prendere in considerazione per calcolare la retribuzione variabile. In particolare, si discute se calcolarla sulla «produttività aziendale» che attiene al rapporto fra tutti gli *input* immessi nel ciclo produttivo e tutti gli *output* prodotti, ma in questo caso non sempre i lavoratori comprendono gli obiettivi da cui dipende il premio e se il loro comportamento incide e in quale misura, oppure sulla produttività del reparto o della unità produttiva in cui è addetto il lavora-

.....  
21 Cfr. VITALETTI, M., «La retribuzione c.d. di produttività nella «nuova» contrattazione aziendale: questioni ed esiti», in *Lav. Dir.*, 2011, p. 689 ss.

22 Come evidenziato da BIRINDELLI, L. e D'ALOIA, G., «Produttività e politiche dei redditi», in *Quad. Rass. Sind.*, 2002, 4, 59 ss., nella seconda metà degli anni '80 e nel periodo immediatamente successivo al Protocollo del 1993 erano più diffusi gli indicatori di produttività per accrescere la produttività delle imprese e perché gli incrementi retributivi giustificati dall'aumento della produttività non farebbero crescere l'inflazione. Sul tema cfr. LAS-SANDARI, A., «Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e di incontri (mancati)», in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, 2, p. 303 ss..

23 Per una rassegna v. VITALETTI, M., *Retribuzione variabile*, op. cit., 118.

tore<sup>24</sup>. Più piccolo è il gruppo e maggiormente coinvolto e spronato sarà il prestatore di lavoro<sup>25</sup>.

Inoltre, la produttività del lavoro è riferibile ad obiettivi quantitativi (numero di pezzi lavorati, tempo di esecuzione, ecc.) ma anche a risultati qualitativi (soddisfazione degli utenti o dei clienti)<sup>26</sup>. In entrambi i casi si pongono una serie di problemi con riferimento alla verifica e controllo da parte dei lavoratori sulla esattezza delle informazioni aziendali.

### 3. INCENTIVI ED EFFETTIVITÀ

**S**ia il Protocollo del 23 luglio 1993 che gli Accordi Interconfederali del 2009 non prevedono un generale obbligo a trattare al secondo livello contrattuale in materia di premi di risultato<sup>27</sup>. Tale tesi si basa sulla considerazione che i contratti collettivi nazionali prevedono un elemento economico di garanzia retributiva nei casi in cui non vengano raggiunti accordi aziendali sulla retribuzione variabile<sup>28</sup>.

Malgrado si sia susseguita negli ultimi anni una disciplina legislativa che prevede per la retribuzione variabile delle agevolazioni fiscali e previdenziali<sup>29</sup> sono rari i contratti territoriali, mentre i contratti aziendali vengono stipulati solo nelle medie-grandi aziende dove è presente e radicata una rappresentanza sindacale<sup>30</sup>.

24 Sulla funzione della retribuzione di produttività finalizzata ad accrescere il livello di attenzione e di applicazione dei lavoratori nel processo v. R. LEONI, M. TIRABOSCHI e VALIETTI, G., «Contrattazione a livello di impresa: partecipazione allo sviluppo delle competenze versus partecipazione ai risultati finanziari», in *Lav. Rel. Ind.*, 1999, 2, p. 140 ss.

25 Cfr. ROMEI, R., «Premio di produttività», in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, vol. 1, Bologna, Bup, 2010, p. 101 ss.

26 Una rassegna la si trova in CARUSO, B., e RICCI, G., «Sistemi e tecniche retributive», in CARUSO, B., ZOLI, C., ZOPPOLI, L., (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, Jovene, 1994, 71 ss.

27 VOZA, R., «Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009», in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 2, p. 362 ss.

28 Secondo un orientamento minoritario (ICHINO, P., «Note tecniche sull'accordo interconfederale del 22 gennaio», in *www.pietroichino.it*, 30 gennaio 2009) l'Accordo Quadro del 22 gennaio 2009 riconoscerebbe ai prestatori ed ai loro rappresentanti il diritto all'apertura della trattativa in materia di premi di risultato. In caso di rifiuto i sindacati potranno agire ex art. 28, l. n. 300 del 1970 e il giudice potrà ordinare al datore di lavoro di aprire la trattativa e di comportarsi secondo buona fede, ma non potrà mai imporre il raggiungimento dell'accordo.

29 Cfr. RCARAGNANO, R., «Lo sgravio contributivo per l'incentivazione della contrattazione di secondo livello», in *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 245 ss.

30 Sembra anzi svilupparsi negli ultimi tempi una contrattazione aziendale che riduce i diritti, sia in termini di retribuzione che di condizioni di lavoro sulla base dei richieste di concessioni organizzative e salariali da parte della direzione d'azienda. Sul tema v. TOMASSETTI, P., «Relazioni industriali e risorse umane. Sindacato e contrattazione aziendale concessiva: una ricerca empirica», in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, p. 183 ss.

### 3.1. Gli incentivi fiscali

Negli ultimi anni la minore tassazione della retribuzione variabile erogata a seguito di contratti territoriali o aziendali non è sempre stata costante e non è sempre stata confermata<sup>31</sup>. Infatti, a seconda delle scelte di politica economica annualmente determinate nella legge finanziaria o di «stabilità» è stato di volta in volta confermato il beneficio e quantificata l'aliquota da applicare<sup>32</sup>.

E così è accaduto, ad esempio, che nel 2015 non si è prevista alcuna detassazione per la retribuzione variabile, mentre per il 2016 è «tornata» la detassazione del premio di risultato con l'aliquota agevolata al 10% ad opera della legge c.d. di Stabilità (l. 28 dicembre 2015, n. 208 titolata «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato»<sup>33</sup>).

La novità rispetto alla disciplina degli anni precedenti consiste nella circostanza che le somme erogate ai dipendenti<sup>34</sup>, attraverso la contrattazione aziendale o territoriale, dovranno essere strettamente legate agli incrementi di produttività: «L'aumento della produzione, i risparmi nell'utilizzo dei fattori produttivi, il miglioramento della qualità dei prodotti e dei processi, rispetto ad un periodo congruo definito dall'accordo» di secondo livello.

Inoltre nel 2016 diventa più conveniente distribuire gli utili aziendali: non più tassati in base all'aliquota Irpef del soggetto beneficiario, ma con applicazione della cedolare secca del 10% (resta da chiarire se, nel concetto di utile, verrà ricompensata anche la distribuzione di azioni ai dipendenti).

Il beneficio fiscale non è però illimitato in quanto opera con riferimento ad una retribuzione variabile che non supera i 2mila euro annui (se la retribuzione variabile fosse superiore sulla quota ulteriore ai 2mila euro la tassazione è quella ordinaria)<sup>35</sup>.

Il beneficio fiscale può riguardare la retribuzione variabile fino a 2.500 euro se l'azienda si dota di «un piano di coinvolgimento dei lavoratori all'organizzazione del lavoro», mediante la «costituzione di gruppi di progetto dedicati a migliorare o innovare singole aree produttive» o «sistemi di produzione nei quali operano congiuntamente responsabili aziendali e lavoratori»<sup>36</sup>.

31 Secondo BRYSON, A., FREEMAN, R., LUCIFORA, C., PELLIZZARI, M., e PÈROTIN, V., *Paying for performance. Incentive pay schemes and employees' financial participation*, 11 maggio 2010, in [www.frdb.org/upload/file/Second-report1.pdf](http://www.frdb.org/upload/file/Second-report1.pdf), 111 ss., i premi si giustificano solo in un momento iniziale per orientare le imprese a sperimentare un sistema innovativo, mentre a regime dovrebbero essere soppressi in quanto le imprese dovrebbero continuare ad utilizzare le forme retributive variabili solo se ritenute efficienti e non perché più convenienti.

32 La detassazione del salario di produttività è stata introdotta nel 2008 (D.l. n. 93/2008) senza però che essa sia prevista come uno sgravio fiscale strutturale.

33 La disciplina è contenuta nell'art. 1, commi 182-191.

34 La platea dei beneficiari riguarda i lavoratori inquadrati come operai, impiegati e quadri.

35 È inoltre previsto un altro limite e cioè il lavoratore non deve percepire un reddito annuo superiore ai 50mila euro, estendendo quindi la platea di beneficiari anche agli operai qualificati, agli impiegati e ai quadri.

36 Così l'art. 1, comma 189, legge n. 208 del 28 dicembre 2015.

Inoltre, la legge di stabilità per il 2016 prevede che se il premio viene erogato, invece che in denaro, attraverso misure di *welfare* contrattate a livello aziendale, sarà esentasse<sup>37</sup>.

Affinché operi il beneficio fiscale è però necessario che i contratti territoriali o aziendali che prevedono aumenti retributivi con i requisiti sopra descritti siano depositati (con un'autodichiarazione di conformità e l'eventuale piano di coinvolgimento dei lavoratori all'organizzazione del lavoro) presso la Direzione Territoriale del Lavoro entro 30 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale del Decreto del Ministero del Lavoro e dell'Economia e Finanze firmato il 25 marzo 2016 ed attuativo della legge di Stabilità<sup>38</sup>.

### 3.2. Gli incentivi previdenziali

L'art. 1, comma 67, l. 24 dicembre 2007, n. 247 ha introdotto una nuova regolamentazione delle agevolazioni previdenziali per i premi di risultato<sup>39</sup> a cui è seguito il d.m. 7 maggio 2008 che conteneva le modalità di attuazione delle agevolazioni fossero fissate in un decreto ministeriale<sup>40</sup>.

Fino al 31 dicembre 2011 sono state ammesse all'agevolazione contributiva le erogazioni dei contratti collettivi «aziendali e territoriali, ovvero di secondo livello, delle quali sono incerti la corresponsione o l'ammontare e la cui struttura sia correlata dal contratto collettivo medesimo alla misurazione di incrementi di produttività, qualità ed altri elementi di competitività assunti come indicatori dell'andamento economico dell'impresa e dei suoi risultati».

Lo sgravio contributivo era concesso nel limite del 3% della «retribuzione contrattuale» percepita dal lavoratore con riferimento ai premi di risultato legati all'andamento dell'impresa e non a quelli correlati alla prestazione dei lavoratori e volti a premiare il merito<sup>41</sup>, con la precisazione che lo sgravio totale riguarda la quota a carico dei lavoratori mentre per i datori di lavoro era pari a 25 punti della percentuale di contribuzione.



37 Fra i trattamenti di *welfare* aziendale fruiti in alternativa ai premi aziendali vanno ricomprese le prestazioni a sostegno di istruzione, educazione, assistenza sociale e sanitaria, servizi di asili nido, borse di studio a familiari; contributi ad enti o casse a fini assistenziali; contributi versati al fondo di previdenza complementare. L'erogazione di beni, prestazioni, opere e servizi da parte del datore di lavoro può avvenire attraverso *voucher* nominativi, in forma elettronica o cartacea, riferibili alla singola prestazione e non integrabili dal lavoratore. Sui rapporti tra retribuzione premiale e contribuzione alla previdenza complementare v. TURSI, A., «Premio aziendale, contrattazione collettiva aziendale e contribuzione alla previdenza complementare», in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, p. 452 ss.

38 Il decreto interministeriale è integrato da un allegato, un modulo contenente una ventina di indicatori, che serve per monitorare la contrattazione decentrata.

39 Abroga il d.l. 25 marzo 1997, n. 67 (conv. nella l. 23 maggio 1997, n. 135), che in attuazione del Protocollo del 1993 aveva previsto la prima forma di decontribuzione.

40 Per una rassegna dei profili problematici della disciplina v. FERRANTE, V., «Misure per la competitività e per la riduzione del costo del lavoro», in M. Magnani, A. Pandolfo e P. A. Varesi (a cura di), *Previdenza, Mercato del lavoro, Competitività*, Torino, Giappichelli, 2008, 413 ss.

41 LUNARDON, F., «Contrattazione collettiva di secondo livello: incentivazioni contributive e fiscali», in *Il collegato lavoro 2008*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, Milano, Ipsoa, 2008, p. 356; di opinione contaria TREU, T., «Le forme retributive incentivanti», in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 1, p.660.

La legge del 2007 non parla di «decontribuzione» ma di «sgravio contributivo» per cui il vantaggio ricade sui lavoratori considerato che le somme ammesse all'agevolazione sono computate ai fini pensionistici, nonostante non siano soggette a trattenuta previdenziale.

Il d.m. 7 maggio 2008 fissava alcune condizioni per l'accesso al beneficio contributivo quali la necessità che le imprese facessero una domanda di ammissione allo sgravio contributivo, nella quale dichiaravano di erogare premi di risultato conformi alle caratteristiche prescritte dalla legge; in secondo luogo dovevano depositare il contratto di secondo livello presso la direzione provinciale del lavoro entro 30 giorni dalla sua stipulazione; infine le domande per l'agevolazione potevano essere accolte fino all'esaurimento del fondo di € 650 milioni a ciò destinato<sup>42</sup>.

Nell'anno 2012, l'art. 33, comma 14, l. 12 novembre 2011, n. 183, nel confermare lo sgravio contributivo per la retribuzione variabile ha però previsto l'ammissione allo sgravio dei premi correlati «a incrementi di produttività, qualità, redditività, innovazione, efficienza organizzativa, collegati ai risultati riferiti all'andamento economico o agli utili della impresa, o a ogni altro elemento rilevante ai fini del miglioramento della competitività aziendale».

I premi ammessi all'agevolazione contributiva sono quelli regolati dai contratti collettivi aziendali o territoriali stipulati da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge o agli accordi interconfederali vigenti.

Se nella intenzione del legislatore della Legge c.d. Fornero (n. 92/2012), lo sgravio doveva essere reso strutturale va però ricordato che nel 2013 la Legge di Stabilità (L. n.228/12) ha sottratto, per l'anno 2013, 150 milioni alla copertura della decontribuzione al fine sia di finanziare la nuova norma sulla ricongiunzione sia di rifinanziare gli ammortizzatori in deroga per il 2013<sup>43</sup>. In conseguenza della progressiva riduzione degli stanziamenti finanziari sopra illustrata, il decreto interministeriale per l'accesso al beneficio della decontri-

.....

42 Nel caso il Fondo fosse risultato insufficiente erano preferite le imprese secondo l'ordine cronologico di presentazione della domanda. L'attuazione dello sgravio è stata affidata dalla stessa legge all'emanazione di un apposito decreto interministeriale annuale, che ha in particolare fissato il tetto massimo di retribuzione contrattuale annua su cui applicare lo sgravio: detto tetto non è mai arrivato al 5% previsto dalla legge, ma si è sempre attestato intorno al 2,25%-2,40%. Ciò in quanto la relativa copertura, essendo stata sempre fissata nel limite di 650 milioni di euro annui, non ha consentito di applicare un tetto più alto (solo nel 2008 il tetto è stato fissato al 3%, comportando così la necessità di un *click day* e quindi l'esclusione dal beneficio di molte aziende che invece ne avevano titolo).

43 Altri 250 milioni infine sono stati sottratti dal D.L. n. 54/13, convertito nella L. n. 85/13, per rifinanziare gli ammortizzatori in deroga 2013. Quindi la copertura della decontribuzione relativa ai premi erogati nel 2013 sarebbe stata azzerata. Peraltro, al fine di evitare tale effetto negativo, lo stesso art.10, al co. 2, ha introdotto un nuovo meccanismo di copertura della decontribuzione: in sostanza, mentre finora i 650 milioni stanziati per ogni anno garantivano il beneficio per il medesimo anno di riferimento, dal 2014 in poi invece la copertura garantisce il beneficio relativo all'anno precedente. Quindi, lo stanziamento previsto per il 2014 ha finanziato la decontribuzione sui premi erogati nel 2013.

bUZIONE per le imprese che avessero erogato nel corso del 2013 premi di risultato ha fissato il tetto al 2,25% e per i premi erogati nel 2014 il tetto è stato fissato all'1,60%.

La vigenza dello sgravio dal 2015 in poi è stata messa definitivamente in discussione dalla Legge di Stabilità 2016. Tale legge, se da un lato ha reintrodotto la detassazione sui premi di risultato previsti dalla contrattazione aziendale e ha incentivato fiscalmente il ricorso al *welfare* aziendale, dall'altro ha eliminato ogni possibilità di ricorrere allo sgravio sugli stessi premi. E ciò già dal 2015, considerato che lo stanziamento per lo sgravio viene «dirottato» interamente alla detassazione e al nuovo *welfare* aziendale<sup>44</sup>.

In conclusione, la disciplina effettivamente vigente, al contrario di quanto richiesto dalle parti sociali nell'A.I. 15 aprile 2009 e nell'A.I. del 28 giugno 2011 non rende certo per il datore di lavoro l'accesso allo sgravio contributivo, quand'anche egli abbia rispettato tutte le prescrizioni di legge; la mancanza di certezza concerne anche l'individuazione delle forme di retribuzione variabile ammesse allo sgravio. E tutto ciò a prescindere dalle considerazioni che le agevolazioni sono eccessivamente limitate cosicché si rischia di vanificare la capacità del sistema di incentivare le imprese a munirsi di un contratto collettivo di secondo livello come strumento per accrescere la produttività.

#### 4. GLI ASPETTI PROBLEMATICI

**S**ia il Protocollo del 23 luglio 1993 che gli Accordi Interconfederali del 2009 non prevedono un generale obbligo a trattare al secondo livello contrattuale in materia di premi di risultato<sup>45</sup>. Tale tesi si basa sulla considerazione che i contratti collettivi nazionali prevedono un elemento economico di garanzia retributiva nei casi in cui non vengano raggiunti accordi aziendali sulla retribuzione variabile.

Inoltre, malgrado si sia susseguita, come visto, una disciplina legislativa che prevede per la retribuzione variabile delle agevolazioni fiscali e previdenziali sono rari i contratti territoriali mentre i contratti aziendali vengono stipulati solo nelle medie-grandi aziende dove è presente e radicata una rappresentanza sindacale. Dunque, se è vero che da tempo è in atto un progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione della contrattazione collettiva decentrata (a livello sia aziendale, sia territoriale) in deroga al Contratto

44 Lo sgravio sui premi non ha più alcuna copertura già a partire dai premi erogati nel 2015 (a causa del meccanismo di finanziamento sopra illustrato, stabilito in un momento in cui lo sgravio era a regime).

45 VOZA, R., «Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009», in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 2, p. 362 ss.

Collettivo Nazionale di Lavoro e che con l'articolo 8 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, viene introdotta la possibilità di siglare accordi aziendali e territoriali in deroga alla legge oltre che al CCNL, il percorso di decentramento contrattuale è lontano dall'essere concluso. A fronte di una sostanziale «de-costruzione di un ordinato sistema contrattuale»<sup>46</sup>, non è secondaria la constatazione che la diffusione della contrattazione aziendale è rimasta contenuta, in particolare nelle imprese di piccole dimensioni e nel mezzogiorno d'Italia e comunque una certa diffusione si è avuta quasi esclusivamente nel settore industriale mentre è quasi assente nei servizi<sup>47</sup>.

#### 4.1. Il 'free riding'

Se è vero che la predeterminazione di un unico obiettivo per tutti i lavoratori di una azienda semplifica la contrattazione, perché non impone di differenziare le valutazioni sulle prestazioni dei singoli o di gruppi ristretti di lavoratori, è stato tuttavia rilevato che la funzione incentivante del premio risulta molto depotenziata in quanto il prestatore può non ricevere necessariamente la parte aggiuntiva della retribuzione anche se abbia migliorato la quantità o qualità del suo lavoro qualora il raggiungimento dell'obiettivo dipenda dal comportamento conforme di tutti i lavoratori dell'impresa.

Il free riding è l'espressione inglese che indica l'ipotesi in cui i lavoratori meno volenterosi non migliorano la propria prestazione per conseguire l'obiettivo di produttività, ma si appoggiano sul maggiore sforzo dei colleghi.

Nel caso in cui un lavoratore non partecipi allo «sforzo» di migliorare le prestazioni essendo la retribuzione variabile un «premio» e non una obbligazione contrattuale egli non potrà subire sanzioni disciplinari o addirittura essere licenziato per scarso rendimento<sup>48</sup>.

Per far sì che il premio svolga in modo più efficiente la funzione incentivante è necessario che il lavoratore sia in grado di comprendere meglio l'obiettivo; inoltre per influire in modo più incisivo sul suo conseguimento è necessario che i risultati di produttività siano

46 LASSANDARI, A., «La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema», in *Lav. Dir.*, 2011, p. 321 ss.

47 Secondo una approfondita ricerca, il mancato decollo della contrattazione decentrata avrebbe risentito della struttura produttiva italiana, caratterizzata dalla predominanza di imprese di piccole dimensioni, per le quali i costi fissi di negoziazione potrebbero rendere poco attraente la contrattazione di secondo livello. Inoltre, la deludente dinamica della produttività ha – di fatto – ridotto le risorse da distribuire al livello locale. Così D'AMURI, F. e GIORGIANTONIO, C., «Ricerche e tendenze evolutive della contrattazione decentrata. Stato dell'arte e prospettive della contrattazione aziendale in Italia», in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, p. 297. Sulla stessa lunghezza d'onda SONNATI, S., «Lo stallo del salario variabile: le reti d'impresa ed il recupero dell'autonomia individuale in forma assistita come tecniche di implementazione della retribuzione di risultato», in *Riv. It. Dir. It.*, 2015, p. 617 ss.

48 PEDRAZZOLI, M., «Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali», in ID (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 2011, p. 81 ss.

parametrati ad un gruppo ristretto di lavoratori in modo tale che tutti si sentano partecipi e gli appartenenti al gruppo svolgano una funzione di autocontrollo<sup>49</sup> e siano di sprone agli altri<sup>50</sup>.

Senonché, ogni qual volta in sede di contrattazione si decide un diverso premio per ogni «micro gruppo» non soltanto diventa più difficile la quantificazione dell'obiettivo della retribuzione variabile, ma anche la composizione del gruppo di lavoratori ai quali l'obiettivo viene assegnato.

D'altro canto quando un contratto aziendale stabilisce un unico obiettivo viene persa la piena funzione incentivante del premio e la retribuzione variabile assume maggiormente una finalità re-distributiva.

#### 4.2. Premialità e assenze del lavoratore

Con il raggiungimento dell'obiettivo di produttività o di redditività la retribuzione variabile dovrebbe essere erogata nella sua interezza, senonché in quasi tutti i contratti aziendali viene prevista una penalizzazione sulla somma da erogare proporzionale alle giornate di assenza del lavoratore.

La questione è quella che genera più controversie sotto vari profili.

Innanzitutto non si ritiene corretto – nel senso comune – che se il lavoratore non possa svolgere la regolare attività per un fatto non imputabile alla sua volontà, come nel caso di una malattia o infortunio, questa condizione vada a penalizzare il reddito premiale, soprattutto nella ipotesi in cui questo discenda da indici di redditività e non di produttività.

La scelta delle parti in sede di contrattazione di modulare la regolamentazione della condizione e di ridurre il premio nel caso di assenza sembra ammissibile quando il conseguimento dell'obiettivo dipenda dall'impegno di più lavoratori sulla considerazione che i meno «assenteisti» abbiano contribuito maggiormente al suo conseguimento<sup>51</sup>. Va però rilevato che la decurtazione dei periodi di assenza dal premio anche se l'obiettivo è stato conseguito fa eccezione rispetto alla disciplina del codice civile sull'avveramento della condizione. Inoltre, si hanno dubbi che una previsione che penalizza il lavoratore malato



49 È evidente – come sottolinea ZOPPOLI, L., «La corresponsività nel contratto di lavoro», Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1991, p. 367 – che questi sistemi premianti implicitamente determinano il passaggio dal controllo del comportamento a quello dei risultati.

50 LEONI, R., TIRABOSCHI, M., e VALIETTI, G., *Contrattazione a livello di impresa: partecipazione allo sviluppo delle competenze versus partecipazione ai risultati finanziari*, in *Lav. Rel. Ind.*, 1999, 2, 140 ss., considerano la retribuzione di produttività finalizzata ad accrescere il livello di attenzione e di applicazione dei lavoratori nel processo produttivo.

51 Proprio per distinguere tra lavoratore assente giustificato e lavoratore assenteista la tornata di rinnovi contrattuali nel triennio 2012–2014 è stata caratterizzata dalla introduzione di una serie di misure di contrasto alle forme anomale di assenteismo. Sul tema cfr. TOMASSETTI, P., «Primo rapporto Adapt sulla contrattazione collettiva in Italia», in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, p. 865 ss.

possa essere coerente con i principi di non discriminazione e siano ragionevoli sia in base ai principi di diritto comune e sia in base ai principi costituzionali.

La legge di stabilità per il 2016 cerca di porre un parziale rimedio allorché prevede all'art. 1 co. 183 che «Ai fini della determinazione dei premi di produttività, è computato il periodo obbligatorio di congedo di maternità». Sennonché proprio tale ultima previsione sembrerebbe rafforzare la tesi in base alla quale se l'assenza non dipende dalla volontà del lavoratore questo non possa essere pregiudicato.

In Italia si è anche dibattuto della legittimità di decurtare il premio nel caso le assenze siano derivate dalla partecipazione ad uno sciopero. La questione è approdata al vaglio della Corte di Cassazione<sup>52</sup> la quale ha ritenuto legittima la decisione del datore di lavoro di considerare le giornate di sciopero comprese nell'ambito della previsione di «assenteismo» e quindi corretta la decurtazione in percentuale del premio. La decisione della Suprema Corte non appare convincente in quanto lo sciopero, al pari di altri diritti che tutelano la personalità del lavoratore, è un diritto di rango costituzionale che nulla ha a che fare con ragioni di assenteismo «colpevole».

#### 4.3. Cessazione del rapporto di lavoro e diritto al premio

Un'altra questione di particolare interesse attiene alle conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro durante il periodo di pendenza della condizione, cioè nell'intervallo di tempo che va dalla fissazione dell'obiettivo a quello in cui è prevista la verifica del suo conseguimento, ovvero in un momento successivo all'anno solare di riferimento, ma prima della quantificazione ed erogazione del premio o retribuzione incentivante. Quando gli accordi aziendali non prevedono alcunché a risultato conseguito la parte aggiuntiva della retribuzione dovrebbe senza alcun dubbio essere erogata, ma il problema sorge nei casi in cui i contratti stabiliscono che il premio non venga erogato se il rapporto di lavoro cessa prima della scadenza del periodo di riferimento.

È evidente come la richiesta permanenza del rapporto di lavoro durante il periodo di pendenza della condizione dovrebbe conferire alla retribuzione variabile una finalità di fidelizzazione sulla considerazione che il lavoratore avrà interesse a rimanere occupato finché questo intervallo di tempo non sia spirato, sennonché un tale obiettivo non sembra raggiungibile considerato che i premi rappresentano in termini quantitativi un valore molto modesto<sup>53</sup>.

Laddove il rapporto cessi anticipatamente e gli obiettivi siano stati conseguiti alcuni contratti riconoscono il diritto all'erogazione del premio in proporzione al periodo di ser-

.....

52 Si tratta della sentenza della Sez. lavoro n. 5435 del 18 marzo 2015.

53 In genere sulla fidelizzazione v. SANTAGATA, R., «Il lavoratore azionista», Milano, Giuffrè, 2008, p. 232 ss.

vizio espletato, ma in tal caso sarebbe dovuto l'intero premio non essendo questo parametrato alla presenza al lavoro.

Infine, si discute se nella ipotesi in cui il datore di lavoro abbia licenziato illegittimamente il lavoratore durante il periodo in cui matura il premio il lavoratore abbia diritto anche al premio <sup>54</sup>.

#### 4.4. Premio di risultato e proporzionalità della retribuzione

L'art. 36 della Costituzione stabilisce che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro svolto<sup>55</sup>; il che pone la questione del rispetto del principio sulla giusta retribuzione nel caso in cui il lavoratore svolga una prestazione più intensa dal punto di vista quantitativo e qualitativo senza però che venga raggiunto l'obiettivo per l'erogazione del premio per colpa della «non collaborazione» di altri colleghi di lavoro.

Allorquando il premio è legato ad indici di redditività, che dipendono dall'andamento dell'impresa e non dalla quantità e qualità del lavoro prestato, non si pongono particolari problemi<sup>56</sup>, mentre una maggiore tensione con il principio costituzionale vi è senz'altro nel caso venga profuso un maggiore impegno in termini di quantità e qualità di lavoro in vista di un premio legato alla produttività che non si raggiunge sempre per la mancata cooperazione degli altri lavoratori<sup>57</sup>.

Si discute se sia possibile una nozione ampia di «corrispettivo»<sup>58</sup> in grado di abbracciare ogni erogazione, cosicché i premi di redditività rientrerebbero pacificamente nella nozione di retribuzione/corrispettivo, a maggior ragione se i premi di redditività diventassero predominanti nella struttura retributiva<sup>59</sup>.

.....

54 In tal caso si potrebbe valutare l'applicazione dell'art. 1358 c.c. Spunti in tal senso si trovano in Cass., 5 giugno 1996, n. 5243, in *Lav. Giur.*, 1996, p. 1048.

55 Le questioni sono sviscerate da BONARETTI, L., «L'equa retribuzione nella Costituzione e nella giurisprudenza», Milano, Giuffrè, 1994.

56 La retribuzione di redditività può rientrare nelle previsioni di cui agli art. 2099, comma 3, e 2102 cod. civ., considerato che le retribuzioni dei lavoratori subordinati agli utili sono totalmente indipendenti dalla quantità e qualità del lavoro prestato e di fronte ad una retribuzione «base» conforme all'art. 36 Cost., le parti sono pienamente libere di condizionare una quota aggiuntiva del trattamento economico all'andamento dell'impresa. Sul tema Cfr. RUSSO, A., *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 34.

57 RUSCIANO, M., «Livelli di contrattazione e trattamenti retributivi», in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Istituto giuridico, 2011, p. 571 ss.

58 Cfr. VITALETTI, M., «La retribuzione variabile», Roma, Aracne, 2010, p. 95 ss.; D'ANTONA, M., e DE LUCA TAMAJO, R., «La retribuzione ad incentivi: introduzione», in *Dir. Lav. Ind.*, 1991, 5 ss.; GRAGNOLI, E., «Retribuzione ad incentivo e principi costituzionali», in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, p. 224 s. Sulla circostanza che i salari minimi fissati dai contratti collettivi nazionali costituiscono il punto di riferimento fondamentale ai fini della determinazione della «giusta retribuzione» assicurata dalla stessa norma costituzionale v. BELLAVITA, A., «Il salario minimo legale», in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, p. 741.

59 Secondo GRAGNOLI, E., «Retribuzione ad incentivo e principi costituzionali», in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, p. 224 «il raccordo (...) fra il compenso e la qualità e la quantità del lavoro può avere implicazioni restrittive dell'autonomia collettiva o individuale, qualora la componente variabile e priva di connessioni certe con l'intrinseca natura del *facere* assuma rilievo preponderante e possa scalfire la centralità del principio proporzionale».

#### 4.5. Retribuzione variabile e partecipazione

Si è detto sopra del beneficio fiscale ulteriore (il tetto viene portato a 2.500,00 euro annuali) nel caso in cui il premio venga erogato con il «coinvolgimento paritetico dei lavoratori»<sup>60</sup> che –secondo l’art. 4 del D.M. Lavoro del 25 marzo 2016– si ha quando i contratti collettivi territoriali o aziendali «prevedano strumenti e modalità di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell’organizzazione del lavoro da realizzarsi attraverso un piano che stabilisca, a titolo esemplificativo, la costituzione di gruppi di lavoro nei quali operano responsabili aziendali e lavoratori finalizzati al miglioramento o all’innovazione di aree produttive o sistemi di produzione e che prevedono strutture permanenti di consultazione e monitoraggio degli obiettivi da perseguire e delle risorse necessarie nonché la predisposizione di rapporti periodici che illustrino le attività svolte e i risultati raggiunti».

La recente disciplina italiana sembra da un lato bypassare le organizzazioni sindacali; dall’altro non si preoccupa di colmare l’asimmetria informativa fra i lavoratori e l’impresa che non dipende solo dall’impreparazione tecnica di lavoratori di qualifica anche molto bassa o della categoria degli operai. Un tale *gap* di informazioni potrebbe essere superata soltanto se venissero finanziati corsi di formazione e proceduralizzati i poteri datoriali<sup>61</sup>. Inoltre, nell’ipotesi in cui il premio faccia riferimento ad indici di redditività dovrebbero essere messi a disposizione il bilancio, la relazione degli amministratori, varie informazioni sociali che, il più delle volte, l’azienda ritiene debbano restare «riservati».

Solamente quando la retribuzione è ancorata alla quantità e qualità del lavoro il singolo prestatore ha un margine di controllo sulla corretta erogazione del «compenso», ma nel caso in cui i parametri retributivi siano altri, questo «margine di controllo» si attenua fortemente o risulta inesistente. In questi casi «sarebbe del tutto consequenziale fornire al lavoratore strumenti di controllo equivalenti, ... anche verso... (n.d.r.) un sindacato eventualmente fornito di più incisivi poteri di intervento sulla gestione aziendale»<sup>62</sup>.

È chiaro che se al lavoratore si imputa il rischio di non percepire una parte di salario occorre prevedere un potere di incidenza sugli assetti organizzativi su cui si determina la retribuzione variabile.

L’esperienza ci dirà se la previsione contenuta nella legge di stabilità e nel Decreto Ministeriale attuativo del 25 marzo 2016 convincerà le imprese a riconoscere diritti di partecipazione più intensi dei diritti di informazione<sup>63</sup>.

.....

60 Sulla leva degli aiuti fiscali per incentivare le relazioni partecipative v. NAPOLI, M., «La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario», in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, p. 72 ss.

61 Per superare il problema alcune imprese, preso atto che i rappresentanti sindacali non hanno conoscenze sufficienti sulla retribuzione variabile finanziano corsi di formazione. Cfr. BELLARDI, L., «Obiettivi, discipline e buone pratiche dei contratti di secondo livello: una breve rassegna», in *Dir. Lav. Merc.*, 2008, p. 187 ss.

62 ZOPPOLI, L., «La corresponsività nel contratto di lavoro», Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1991, p. 374.

63 Cfr. OLIVELLI, P., «Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle im-

Se è vero, infatti, che il modello partecipativo (rispetto a quello conflittuale) è stato osteggiato da una parte importante delle organizzazioni sindacali lasciando inattuato l'art. 46 della Costituzione<sup>64</sup>, nell'esperienza italiana sono molte le resistenze che provengono da parte delle imprese, le quali sono gelose delle proprie prerogative e poteri e culturalmente sono restie ad far sedere i rappresentanti dei lavoratori intorno al tavolo dove vengono prese le decisioni organizzative<sup>65</sup>.

Il sospetto che l'incentivo previsto dalla legge di stabilità 2016 per introdurre un modello partecipativo resti una «occasione mancata» è rafforzato dalla considerazione che solitamente la funzione «partecipativa» è legata ai premi di redditività piuttosto che a quelli di produttività. Ed infatti se il premio è legato all'andamento economico dell'impresa occorrerebbe che i lavoratori ed i loro rappresentanti partecipano alle scelte della società che possono influenzare il conseguimento degli obiettivi della retribuzione variabile come partecipare all'assemblea chiamata ad approvare il progetto di bilancio, o sedere nel consiglio di amministrazione che redige il documento contabile.

Inoltre, se sulla praticabilità della tecnica di legare la retribuzione variabile ad istituti partecipativi già in passato erano state evidenziate notevoli criticità<sup>66</sup>, la strada segnata dalla legge di stabilità per il 2016 con riferimento all'incentivo collegato alla «costituzione di gruppi di lavoro nei quali operano responsabili aziendali e lavoratori finalizzati al miglioramento o all'innovazione di aree produttive o sistemi di produzione e che prevedono strutture permanenti di consultazione e monitoraggio degli obiettivi da perseguire partecipazione» pesa il costo – anche economico e non solo di complessità organizzativa – di una procedimentalizzazione capillare dei poteri datoriali che potrebbe disincentivare ulteriormente le imprese a contrattare la retribuzione variabile.

ANTONI DI STASI

*Professore di Diritto del lavoro nell'Università Politecnica delle Marche*

a.distasi@univpm.it



prese, in Rappresentanza collettiva e diritti di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese», Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Lecce, 27–28 maggio 2005, Milano, Giuffrè, 2005, p. 1 ss.; PROIA, G., «La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive», in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, p. 60 ss.

64 Sulle diverse proposte di legge di attuazione dell'art. 46 Cost. cfr. TREU, T., «Le proposte parlamentari sulla partecipazione», in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, p. 93 ss.; CASTRO, M., «Le traiettorie della partecipazione nel caso italiano: un'occasione di modernizzare», in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, p. 81 ss.

65 Cfr. ZOPPOLI, L., «Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro», in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 1, p. 19 ss., PROIA, G., «La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna», in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, p. 60 ss.

66 Cfr. DAMIANO, C., e CECCOTTI, E., «Il premio di risultato nell'industria metalmeccanica. Manuale per la contrattazione e per la gestione degli accordi», Roma, Ediesse, 1997, p. 51 ss.

# **TRIBUNA PROFESIONAL Y SINDICAL**

# LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS VARIABLES DEL TRABAJO O LA HISTORIA RECIENTE DE UNA DESCONFIANZA

SALVADOR RUIZ GALLUD

*Socio Director de Equipo Económico*

## 1. INTRODUCCIÓN

La fijación de una componente variable para la remuneración del trabajo, establecida con arreglo a parámetros como el cumplimiento de ciertos objetivos, o en general indicativos de la mayor diligencia en su desempeño, sin duda constituye una importante herramienta de incentivación del empleado y de alineamiento con la misión de la empresa. Sería por ello juicioso que su fiscalidad contribuyera a esa intención, o al menos no la obstaculizara. Sin embargo, razones de índole diversa, asociadas a la reciente crisis financiera o a las malas prácticas adoptadas en ciertas empresas, han conducido a un importante aumento en la tributación por el IRPF de las retribuciones variables en España, correctivo que se añade al aplicado en otros órdenes, como en la vertiente mercantil, o en el sector financiero.

Recordemos que en el sistema «dual» que inspira nuestro IRPF –así llamado por segmentar las rentas en dos compartimentos– los rendimientos del trabajo se gravan dentro de la llamada «base imponible general», a una tarifa progresiva elevada, suma de un tramo estatal común y otro fijado por la comunidad autónoma de residencia del contribuyente. En 2016 ello supone una tributación a tipos marginales máximos de entre el 43,5% en Madrid y el 48% en Andalucía, Asturias, Cantabria o Cataluña –al margen de los territorios forales, con normativa propia.

## 2. LA PROGRESIVA PENALIZACIÓN TRIBUTARIA DE LAS RENTAS VARIABLES DEL TRABAJO

La tributación de las rentas del trabajo, en su componente variable, ha evolucionado hacia una presión fiscal cada vez más intensa.

Por un lado, y hasta que en 2015 se invirtiera la tendencia, los tipos impositivos fueron incrementándose en el IRPF en los últimos años de manera importante, en general para todas las rentas, y en particular para las rentas del trabajo. Concretamente, desde 2012 hasta 2014 se exigió el llamado «gravamen complementario», que elevaba la tributación marginal hasta el 56% de la renta en algunas comunidades autónomas.

Por otra parte ha ido empeorando el tratamiento de las llamadas rentas irregulares, porque es relativamente frecuente que las retribuciones del trabajo variables se correspondan con períodos de generación superiores al año, siendo percibidas acumuladamente en un único período impositivo –o, en general, en un número de ellos inferior al número de años de generación. Se puede producir con ello una tributación excesiva, a tipo superior, precisamente por el carácter progresivo de la tarifa del IRPF. Puede tratarse de un bonus asociado a un plan de objetivos plurianual, o de una indemnización por despido tras un período de trabajo de varios años.

Por ello, y aunque sólo para las rentas generadas en más de dos años<sup>1</sup> –esto es, en dos años y un día, o tiempo superior–, la Ley del IRPF permite una corrección del exceso de progresividad de manera muy directa, mediante la reducción de la renta en un 30% de su importe, tributando sólo por el 70% restante<sup>2</sup>.

Decimos que el tratamiento de las rentas irregulares ha empeorado primero porque desde 2015 la tradicional condición de falta de recurrencia o periodicidad de las rentas irregulares se ha explicitado, en el sentido de que la reducción no es de aplicación si en los cinco períodos impositivos –años naturales– anteriores al de exigibilidad de la renta se hubieran obtenido otros rendimientos reducibles, salvo si se trata de indemnizaciones por extinción de una relación laboral. Por ello, sólo cabrá reducir un bonus irregular percibido en 2016 si no se ha reducido ninguna otra renta entre 2011 y 2015 –salvo en su caso las citadas indemnizaciones–, y además habrá que esperar a 2022 para volver a reducir otro bonus irregular obtenido con posterioridad.

También, y ahora en relación con la cuantía de la renta, desde 2011 el importe máximo

.....

4 La Ley también se remite a ciertos supuestos reglamentarios tasados que se consideran obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, como las cantidades satisfechas por la empresa a los empleados con motivo del traslado a otro centro de trabajo por encima de los mínimos no sujetos a imposición, o las cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral.

5 Hasta 2014, la reducción era del 40% y por ello la imposición giraba sobre el 60% remanente.

reducible es de 300.000 euros en cómputo anual para todas las rentas irregulares; el exceso sobre esa cifra tributa íntegramente<sup>3</sup>. Y desde 2013, las rentas irregulares obtenidas por extinción de la relación laboral, común o especial, de la relación mercantil, o de ambas, que superen los 700.000 euros se ven afectadas además por un segundo límite –opera el menor–, en este caso sobre su cuantía total, límite que es la diferencia entre 1.000.000 euros y la renta obtenida, y que por ello será más pequeño cuanto mayor sea la renta; es así que no cabe reducción alguna si la indemnización pasa de 1.000.000 euros.

Por otra parte, a partir de 1 de agosto de 2014, se ha limitado a 180.000 euros la exención de las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, reconocidas tradicionalmente hasta la cuantía que el empleador ha de satisfacer con carácter obligatorio de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores.

El problema no sólo se sitúa en la relevante carga tributaria que se asume por las citadas limitaciones al importe exento o al importe reducible, sino también en la ausencia de disposiciones transitorias que tengan en cuenta el tiempo transcurrido bajo un determinado régimen jurídico; ello provoca una evidente falta de equidad en el tratamiento de unos y otros contribuyentes. Por ejemplo, un empleado despedido el 31 de julio de 2014 que percibió una indemnización con arreglo al Estatuto de los Trabajadores superior 180.000 euros, pudo aplicar la exención por su total; mientras que si el despido se produjo el 1 de agosto –o en cualquier fecha posterior–, tributa el exceso sobre dicho importe<sup>4</sup>.

Se introduce así enorme inseguridad jurídica, quebrando de manera importante e imprevisible la planificación financiera de las familias, no sólo por los efectos hacia futuro de los cambios normativos –nos hemos llegado a habituar a la tremenda volatilidad de las normas tributarias, cuyos cambios llenan cualquier boletín oficial que se precie–, sino también en cuanto que se altera la renta –neta de impuestos– que razonablemente puede pensarse ya «ganada» en el pasado.

También en el ámbito de las rentas en especie se advierte la presencia de restricciones en lo tributario.

Resulta frecuente la percepción en especie de rentas del trabajo variables en forma de acciones de la empresa empleadora. La Ley del IRPF excluye de tributación la entrega a los tra-

.....

6 Por tanto, si el rendimiento del trabajo irregular ascendiera a 500.000 euros, los primeros 300.000 euros podrían reducirse en un 30% (90.000 euros), tributando el 70% restante (210.000 euros), mientras que los 200.000 euros de exceso sobre el límite de 300.000 euros tributarían en su integridad. La renta tras la reducción se elevaría a: 210.000 euros + 200.000 euros = 410.000 euros. En ausencia de límite la renta tributable sería del 70% de 500.000 euros, es decir, de 350.000 euros. En el caso de fraccionamiento de la renta irregular en varios años, si aun así se cumplen ciertas condiciones para seguir considerándola irregular, la Dirección General de Tributos admite en diversas consultas (como la CV0153-11 y otras siguientes) que el límite de 300.000 euros anuales se aplique aisladamente cada año sobre la fracción de renta percibida en el mismo y no sobre la renta total a percibir en el conjunto de años.

7 No se preocupa el legislador, como podría, de prorratear la indemnización obtenida tras esa fecha, distinguiendo la parte que se corresponde con el tiempo de trabajo anterior a agosto de 2014, que habría de quedar plenamente exenta, de la parte asociada al tiempo posterior a dicha fecha, que sí podría quedar acotada.

bajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales. De manera muy poco explicable técnicamente, desde 2015 la oferta de tales retribuciones ha de realizarse en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupos de empresa, aunque cabe exigir una antigüedad mínima a los trabajadores, o reclamar que éstos tengan la condición de contribuyentes del IRPF (residentes fiscales en España).

### 3. ALGUNAS BUENAS NOTICIAS

Ahora en positivo, no puede dejar de mencionarse la exención en el IRPF de las rentas del trabajo realizado en el extranjero, hasta un máximo anual de 60.100 euros. Con relativa frecuencia, la retribución que percibe el empleado por sus desplazamientos al extranjero tiene la condición de variable, resultando asociada de manera específica al desplazamiento. En estos supuestos, su total importe quedará exento hasta el límite señalado.

Además, a la importante reducción de tipos impositivos operada en 2015 y 2016 se añade la modificación de la tributación de las *'stock options'* (opciones sobre acciones). Porque del reconocimiento a favor de los trabajadores de derechos de opción de compra sobre acciones o participaciones sociales derivan rendimientos del trabajo personal obtenidos en especie, en general imputables al período de ejercicio de los derechos, por el importe del descuento o ahorro que se obtiene en la adquisición. Para las rentas obtenidas de tal ejercicio, cuando son irregulares por transcurso de más de dos años desde la fecha de concesión de los derechos, se ha suprimido desde 2015 un absurdo y anacrónico tercer límite de reducción de rentas que afectaba únicamente a este producto retributivo.

### 4. EN ESPECIAL, CONSEJEROS Y ADMINISTRADORES

Mención final merecen las retribuciones de los administradores y miembros de consejos de administración, que con frecuencia tienen carácter variable. También tributan como rentas del trabajo personal, pero con algún impedimento para su acceso a ciertas ventajas fiscales. Por ejemplo, la Dirección General de Tributos entiende no apli-

cable a dicho colectivo la exención por trabajos efectivamente realizados en el extranjero; tampoco les es de aplicación la exención por entrega de acciones o participaciones de la empresa o grupo, sólo prevista en la Ley para «trabajadores en activo».

Nada obsta sin embargo a que las rentas de los administradores o consejeros, cumpliendo las condiciones exigibles a la generalidad de los contribuyentes para su calificación como irregulares, accedan a la reducción del 30%, también con los límites generales establecidos en la Ley del IRPF.

La doctrina del Tribunal Supremo en el ámbito laboral, en el sentido de que la relación mercantil de los administradores con la sociedad absorbe las funciones de alta dirección, conlleva que toda la renta obtenida en su caso por uno u otro concepto tributará como retribución de administrador. Ello conduce a exigir también –para la parte de renta que pudiera corresponder a la pura relación laboral–, los condicionamientos que la normativa mercantil establece para la retribución del administrador. En todo caso, esa concreta exigibilidad se ha aliviado relativamente a los efectos fiscales en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, a la vez que la Ley de Sociedades de Capital requiere a las entidades cotizadas la fijación en contrato específico de la retribución correspondiente a las funciones ejecutivas.

## 5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Las rentas variables del trabajo viven malos tiempos en nuestro país. Determinadas actuaciones del pasado, censurables pero acotadas a ciertas compañías y entornos empresariales, han producido una sobreacción normativa en órdenes diversos, con efectos acumulados, perjudiciales para las retribuciones dependientes del cumplimiento de objetivos, y variables en general.

La normativa mercantil establece controles específicos para su autorización. Además, su cuantía tiende a limitarse por ley, como ya ocurre en el sector financiero<sup>5</sup> y como algunos pretenden para la generalidad de nuestra economía. No se olvide además, que cuando la remuneración corresponde a un consejero ejecutivo, en virtud de dicha condición se asumen importantes responsabilidades, ampliadas en la Ley de Sociedades de Capital de

.....

1 Véase el artículo 34 («elementos variables de la remuneración») de la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*, el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, y la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, *a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013*.

manera expresa para las sociedades cotizadas desde la Ley 31/2014, pero con evidente efecto traslativo hacia entidades de menor tamaño.

En definitiva, en los últimos años se viene situando a nuestros empleados y directivos en un entorno de inflación de responsabilidades, limitación de retribuciones y empeoramiento relativo de su trato fiscal, ante la paulatina demolición de ciertas ventajas previstas para las rentas variables del trabajo; en un entorno global esa supresión ofrece además riesgos de deslocalización de nuestro capital humano.

La cuestión a dilucidar es si se desea facilitar a las empresas la gestión del talento a partir de herramientas retributivas vinculadas a la creación de valor, para recompensar más eficazmente y atraer a los mejores empleados y directivos. Porque, en última instancia, las normas tributarias deberían orientarse a la mejora de nuestra competitividad.

**SALVADOR RUIZ GALLUD**

*Socio Director de Equipo Económico*

salvadorruiz@equipoeconomico.com

## UN SALARIO VARIABLE A TRAVÉS DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS

RAMÓN GÓRRIZ VITALLA

*Secretario de Acción Sindical*

*Confederación Sindical de CC.OO.*

La retribución variable como componente del salario es una práctica vieja en las relaciones laborales en nuestro país, aunque, en los últimos años, especialmente en el período de recesión, ha perdido presencia en la realidad laboral. Con «práctica vieja» queremos referirnos a los dos conceptos que están presentes en esta expresión.

El primero –el más obvio– es que la existencia de una retribución variable es parte de la historia de nuestro modelo salarial; no estaríamos, por lo tanto, ante una innovación en la formulación de los salarios, sino en la reedición de prácticas que han sido habituales tanto en nuestro pasado más reciente como en el más lejano.

El segundo es que las fórmulas en que se materializaba esa parte variable del salario eran poco sofisticadas en correspondencia con la realidad productiva y salarial del país. Son –ya lo eran en su momento– fórmulas viejas que no sirven para el debate actual. Por citar las dos más extendidas en nuestro país, estamos hablando del trabajo «a destajo» y de las denominadas «primas de producción».

Estas formas retributivas estaban más presentes en la construcción o la industria, y menos en los servicios; son el antecedente histórico del debate actual sobre la vinculación de los salarios a la situación concreta de la empresa o del sector de actividad. Porque de eso estamos hablando: de cómo se puede establecer que una parte del salario esté condicionada por los resultados de la empresa y de que, en consecuencia, tenga un carácter variable.

Esta es una primera aclaración muy pertinente para no confundir este debate con otro que ha tenido mucho protagonismo estos años atrás: el de la desvinculación de los incrementos salariales del IPC, sustituyendo la referencia por la productividad. El salario variable no se refiere a esto último, porque cambiar la variable de referencia en la nego-

ciación de los aumentos anuales no implica pasar de un salario fijo a otro variable sino, exclusivamente, fijar el porcentaje de incremento de la tabla salarial, pero en términos de retribución fija.

Dicho claramente, para el sindicalismo hablar de salario variable es hablar de cómo participan los trabajadores y trabajadoras en los beneficios de las empresas. Y en este debate la referencia no es la productividad, el destajo o la prima de producción, sino algo más actual y operativo: el «bonus» que cobran los directivos de las compañías, vinculados a alcanzar determinados objetivos, en especial en la cuenta de resultados o en la capitalización de la compañía.

En este modelo de «bonus», los directivos que los cobran tienen una parte de su salario fija, establecida en su contrato de trabajo, y otra variable vinculada a resultados que, obviamente, al depender de que se produzca o no un hecho, no es consolidable. En estas condiciones, la representación legal de los trabajadores y trabajadoras (RLT) se encuentra cómoda para abordar ese debate en España: un modelo retributivo con un componente fijo establecido en las tablas salariales del convenio y una parte variable, siempre de carácter adicional y vinculada a la marcha de la compañía y que, por lo tanto, no es consolidable. Igual que los directivos.

Para aclararlo mejor, no se trata de que los salarios puedan subir o bajar. El modelo es complementar el salario fijo actual con una participación en los resultados generados por la empresa cuando estos son positivos y en proporción a su tamaño. Un funcionamiento similar al de los bonos de los directivos, que solo cobran más –no menos– cuando alcanzan objetivos. La fórmula para determinar los incrementos salariales, a partir de esta propuesta, tendría la siguiente materialización:

1. En el ámbito sectorial, la referencia sería un incremento de los salarios que mantenga o mejore, si es el caso, el poder adquisitivo para el conjunto de sectores y empresas, utilizando la previsión inicial de inflación y generalizando la cláusula de garantía para corregir las posibles desviaciones.
2. En el ámbito concreto de cada empresa, el aumento del salario real estaría ligado a la cuantía de los beneficios empresariales, a través de la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas.

Una fórmula posible, aunque existen otras opciones, es la creación de una paga anual no consolidable equivalente a un porcentaje sobre los beneficios de la empresa. Esta paga sería, obviamente, variable ya que, incluso aplicando un porcentaje fijo, su cuantía dependería de los beneficios que en cada ejercicio obtuviera la empresa. Para una mayor claridad en su aplicación, convendría determinar cuál es el concepto de beneficio que se

va a utilizar, los documentos contables de referencia y el plazo de abono. La propuesta más lógica es utilizar como referencia los beneficios de la actividad ordinaria (antes de resultados extraordinarios e impuestos), ya que son los que se corresponden con la actividad productiva de la empresa y, por tanto, los que tienen relación con los trabajadores. Esta fórmula de fijación de salarios variables vinculados a los resultados de la empresa presenta las siguientes ventajas:

1. Da una fórmula concreta al objetivo de articular la negociación colectiva; a saber, negociar las condiciones salariales primero en el sector y después, de forma articulada, en la empresa. El convenio del sector establecería el aumento salarial para todas las empresas en la línea expresada de crecimiento de las tablas salariales según el IPC y algún avance del poder adquisitivo, con las complementarias cláusulas de garantía. A continuación, y ya en el marco de cada empresa, se acordaría la participación en los beneficios empresariales estableciendo el porcentaje, el plazo, la referencia a los documentos contables, etc. El documento de referencia más útil, en las empresas que por su tamaño tienen el deber de hacerlo, es la auditoría externa sobre las cuentas anuales de la sociedad, que debería ser aceptado por las partes y evitaría discusiones innecesarias. En los casos en que la empresa no audite sus cuentas, se puede utilizar la declaración del impuesto de sociedades. El plazo para el abono de esta participación en los beneficios de la empresa está condicionado por el plazo legal de formulación de las cuentas anuales de las empresas y, por tanto, se sitúa en el segundo trimestre del año.
2. Con este modelo se aplican aumentos salariales que de verdad valoran la situación económica de cada empresa. Los convenios de sector difícilmente irán más allá de incrementos similares al IPC porque estos afectan a todas las empresas y, por lo tanto, han de ser mínimos aceptables por todas. Sin embargo, la situación de las empresas en cada sector puede ser —y de hecho es— radicalmente distinta. En el modelo que ahora proponemos, a partir del aumento salarial del sector, se abre un debate empresa a empresa que ajusta con gran precisión las posibilidades de aumentos salariales superiores en las empresas que, por su rentabilidad, están en condiciones de hacerlo; y eso sin afectar negativamente a las empresas menos competitivas del sector.
3. El modelo es claro en su formulación, ya que la cifra de beneficios de la empresa, en cualquiera de sus definiciones, es una cifra concreta, objetiva y auditada por una compañía externa. Una vez acordado el porcentaje de participación en los beneficios, su aplicación concreta es casi automática en cada ejercicio, lo que sin duda posibilita un proceso de negociación colectiva más ágil y transparente.

4. En un número significativo de empresas, la cuantía económica que representa la participación en los beneficios puede ser significativa. Dependiendo del porcentaje que se establezca, los grandes beneficios que consiguen muchas empresas hacen que esta fórmula pueda suponer incrementos muy por encima de los que se conseguirían negociando sólo con la referencia de la inflación más algún punto de ganancia real de los salarios.
5. Este modelo sirve para dar consistencia y credibilidad al conjunto de la política salarial y, en especial, como garantía de que, efectivamente, el crecimiento moderado de los salarios aceptado por los trabajadores se destina al mantenimiento o a la creación de empleo, que es la contrapartida ofrecida por las empresas. El crecimiento moderado de los costes laborales puede traducirse en más y mejor empleo o servir sólo para que aumenten los beneficios de las empresas si en la práctica no se aplican los acuerdos en materia de empleo. La participación de los trabajadores en los beneficios actúa en forma de garantía, ya que si el resultado de la moderación salarial es incrementar la rentabilidad económica de la empresa, los asalariados acaban recuperando parte de su esfuerzo.
6. Esta cláusula sirve para re-equilibrar parcialmente las aportaciones de cada parte, que en la actualidad no lo está en demasiadas ocasiones, porque siempre se regula y detalla el esfuerzo de los trabajadores –con la moderación salarial– pero, por razones complejas, nunca se introducen limitaciones en el crecimiento de los beneficios de las empresas.
7. En los convenios sectoriales, esta cláusula es la contrapartida lógica de la denominada «cláusula de descuelgue», en virtud de la cual las empresas con dificultades económicas pueden no aplicar los incrementos pactados en el convenio. Si se establece este procedimiento en las empresas con pérdidas, más lógico es que se establezca la participación en los beneficios en las empresas en situación de rentabilidad económica positiva.
8. Este concepto salarial es variable ya que, al no consolidarse en las tablas, sólo se paga cuando la empresa tiene beneficios. La variabilidad en las retribuciones es una idea permanente de las empresas, así que esta propuesta, al entrar en parte en esa lógica, les tiene que resultar interesante.
9. Este modelo retributivo, si se articula como una participación en los beneficios, no se podría considerar en sentido estricto como coste laboral. Por lo tanto, no influye en la estructura de costes de la empresa, sino que es una especie de distribución de dividendos a la plantilla.
10. Al estar ligado a los beneficios, este modelo de retribución tiene como consecuencia una mayor implicación de los trabajadores en el proyecto colectivo de la empresa.,

lo que obliga a mejorar el nivel de información y consulta con la representación legal de los trabajadores. En un modelo como el que se está proponiendo la RLT debe tener un conocimiento preciso y puntual sobre la evolución de la compañía, especialmente de sus cuentas económicas que lógicamente va más allá de la normativa legal actual. Vincular una parte del salario a los beneficios de la empresa hace a los trabajadores co-partícipes de la marcha de la compañía y, por lo tanto, se deben establecer los mecanismos que permitan no sólo conocer las cuentas y los resultados sino su participación de alguna manera en la fijación de los objetivos y de las medidas para llevarlos a cabo, en la línea de las comisiones de vigilancia que funcionan desde hace años en Alemania por ejemplo.

11. Posibilita un proceso de negociación colectiva más racional y transparente, con menor conflictividad y, sobre todo, porque se basa en conceptos de la propia lógica empresarial como es la del beneficio.
12. Esta propuesta implica una negociación que tiene en cuenta la realidad de la empresa en cada ejercicio, de forma que las mayores retribuciones de los asalariados se producen cuando la empresa es capaz de asumirlos. Por el contrario, en los momentos de menores beneficios, esta situación influye de forma directa en la negociación colectiva, de forma que se consigue que la negociación tome en consideración la realidad de cada empresa en cada momento.

**RAMÓN GÓRRIZ VITALLA**

*Secretario de Acción Sindical*

*Confederación Sindical de CC.OO.*

[rgorriz@ccoo.es](mailto:rgorriz@ccoo.es)

# LA EVOLUCIÓN SALARIAL EN ESPAÑA: LA CONTRIBUCIÓN DE LOS ACUERDOS PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (EN ESPECIAL SOBRE LOS SALARIOS VARIABLES)

JORDI GARCÍA VIÑA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Barcelona*

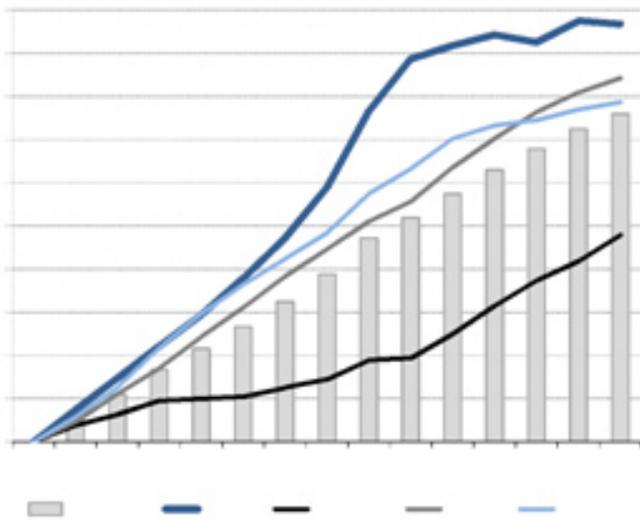
*Director de Relaciones Laborales de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales*

*(CEOE)*

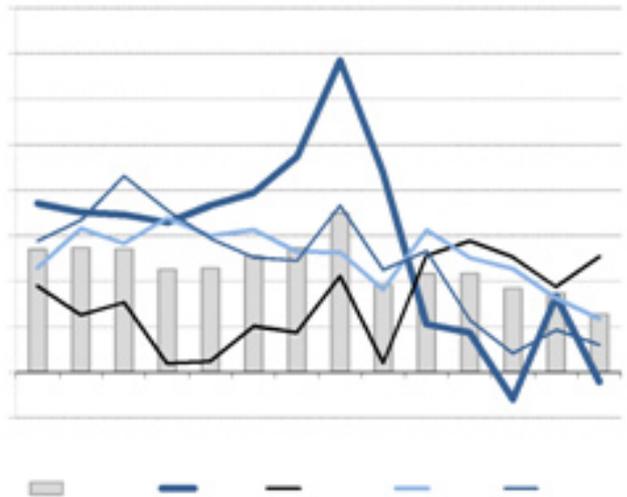
Entre 2008 y 2013 la economía española sufrió una profunda crisis que tuvo notables consecuencias en el mercado laboral. Los salarios tardaron en reaccionar frente a la debilidad creciente de la actividad, mostrando crecimientos significativos en los primeros años de la recesión, por lo que el ajuste en el mercado laboral español se produjo a través de una intensa destrucción de empleo, que implicó un fuerte incremento de los niveles de paro. De hecho, entre los años 2007 y 2013 el PIB se redujo más de un 6% y casi 3,5 millones de ocupados perdieron su empleo. Así, la tasa de paro escaló desde el 8% al 26% en dicho periodo. Mientras, los incrementos salariales pactados en convenios colectivos alcanzaron el 4,2% y el 3,6% en 2007 y 2008, respectivamente, con una media del 2,9% en el periodo 2007–2011.

Desde una perspectiva europea, por lo general, España ha mostrado crecimientos de la remuneración por asalariado claramente superiores a los de otros países de nuestro entorno y la Eurozona. Sólo a partir de 2010, cuando ya se habían perdido casi dos millones de empleos y la tasa de paro rozaba el 20%, comenzó a verse una tendencia hacia la moderación salarial, en forma de crecimientos de la remuneración por asalariado más bajos que en años anteriores y que los observados en otros Estados Europeos. Aun así, entre los años 2000 y 2014, la remuneración por asalariado ha aumentado casi un 50% en España, por encima del incremento cercano al 40% en media de la Eurozona y de casi el 25% obtenido en Alemania.

Remuneración por asalariado (índice 2000 = 100)



Remuneración por asalariado  
(tasa de variación interanual en %)



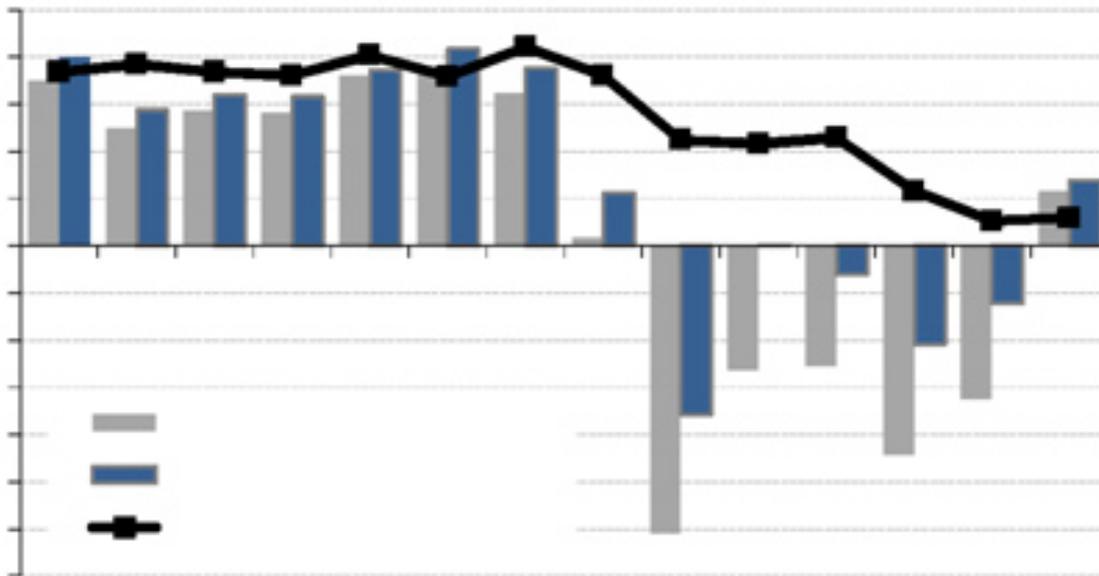
En 2012, el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (II AENC) sentó las bases para que el mercado laboral entrase finalmente en un proceso de moderación salarial, así como otorgó un claro protagonismo a los salarios variables.

Los interlocutores sociales acordaron nuevas directrices en materia salarial para el período 2012–2014, que incluyeron la recomendación de que los incrementos salariales no superasen el 0,5% en 2012, el 0,6% en 2013, y se situasen entre el 0,6% y el 1,5% en 2014. Asimismo, se introdujeron cambios fundamentales en las cláusulas de indicación, en donde por primera vez la variable de referencia no era la inflación española sino la europea e incluso se introdujo el PIB como variable de referencia para 2014.

El efecto del II AENC llevó a que los incrementos salariales pactados moderaran su ritmo de crecimiento hasta cifras del 0,5% y el 0,6% en 2013 y 2014, respectivamente, con una media anual del 0,8% en el periodo 2012–2014, así como a una mayor presencia de los salarios variables. Este proceso de moderación salarial y de buena parte de los beneficios empresariales distribuidos, unido a las notables ganancias de productividad se han visto reflejadas en una caída de los Costes Laborales por Unidad de Producto (CLU), lo que ha permitido una sensible mejora de la competitividad de las empresas y de la economía española. Estas mejoras de competitividad de costes, junto a la apertura de nuevos mercados, han propiciado la favorable evolución de las exportaciones durante el periodo de crisis.

De hecho, el II AENC contribuyó, primero, a la recuperación en 2014 de la actividad y, después, a la consolidación de la reactivación a partir de 2015, con un ritmo de crecimiento del PIB que ya supera el 3%. Además, la economía española comenzó a crear empleo en el segundo trimestre de 2014, con crecimientos económicos relativamente moderados (1,2% en ese trimestre), a diferencia de crisis anteriores, donde se necesitó un crecimiento de la actividad del 2% para que comenzara a aumentar el número de ocupados.

**Crecimiento del PIB y del empleo e incremento salarial pactado**



El III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva parte de un escenario en el que en 2015 se está afianzando la recuperación de la actividad y se prevé una continuidad de esa recuperación en 2016 y 2017, aunque con mayores incertidumbres cuanto más nos alejamos en el tiempo. En cuanto al mercado laboral, se ha dejado atrás el fuerte ajuste registrado en los años de crisis y se comienza a generar empleo a tasas significativas, aunque todavía se está lejos de los niveles de ocupación alcanzados en 2007.

No obstante, la situación todavía es compleja debido a algunos factores que limitan el crecimiento y hacen a la economía española más vulnerable ante cualquier episodio de incertidumbre e inestabilidad financiera. Como se pone de manifiesto en el III AENC, entre estos factores se encuentra la alta tasa de paro, el abultado déficit público, el elevado nivel de endeudamiento y los altos niveles de desigualdad y exclusión social.

El texto y los contenidos del III AENC son claramente respetuosos con la normativa vigente y, por tanto, con la Reforma Laboral, lo que no impide que los firmantes del Acuerdo, en cuanto protagonistas de la negociación colectiva, quisieran dar un especial impulso a la misma al establecer criterios dirigidos a la renovación de los convenios y a resolver cuestiones fundamentales que puedan surgir durante la vigencia de los mismos y al cese de su vigencia.

El balance positivo que arrojan los acuerdos anteriores, unido a que persisten elementos de incertidumbre que pudieran dificultar el crecimiento económico y la creación de empleo, llevaron a los interlocutores sociales, en un ejercicio de responsabilidad, a la firma del III AENC. El objetivo es contribuir a la recuperación económica y del empleo, además de lograr un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores.

El Acuerdo tiene como finalidad facilitar a los negociadores criterios, orientaciones y recomendaciones para la negociación de sus convenios y con ello contribuir a conjugar el empleo, la competitividad y el poder adquisitivo de los salarios, propiciando un clima de paz social. No obstante, en este Acuerdo se ha querido prestar una especial atención al empleo, dada la grave situación de desempleo por la que todavía atraviesa España y a la necesidad de impulsar la competitividad de las empresas como garantía del empleo.

El III AENC pone de manifiesto que el incremento de la productividad y la mejora de la competitividad son objetivos estrechamente vinculados, a los que han de coadyuvar tanto las empresas como los trabajadores. Para cuya consecución se apuesta por un modelo de competencia moderno, que se base en la mejora del valor añadido, tenga en cuenta los costes salariales y la flexibilidad interna, la estabilidad en el empleo y la cualificación profesional, la inversión en formación, y la adaptación de las empresas mediante cambios organizativos que permitan una mayor competitividad.

Este Acuerdo, con su carácter de recomendación y no de mandato, constituye una práctica excepcional en el conjunto de la Unión Europea, anhelada por algunos de los países de nuestro entorno con los que competimos, por lo que debería aprovecharse todo su potencial.

La firma del Acuerdo supone un primer paso para la consecución de los objetivos con él pretendidos, pero el esfuerzo no puede quedar ahí, pues cada año se negocian más de 5.000 convenios y es en dichas negociaciones donde deben ponerse en práctica las orientaciones en él recogidas.

En cuanto a los criterios salariales es importante resaltar tres cuestiones:

- En primer lugar, los criterios en materia salarial, como el resto del IIIAENC, tienen naturaleza obligacional. Ello determina que la efectiva consecución de los objetivos del Acuerdo dependerá de cómo asuman sus criterios, orientaciones y recomendaciones sobre la negociación colectiva los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos en sus respectivos ámbitos, durante la vigencia del Acuerdo.
- En segundo lugar, el III AENC fija como criterios salariales un incremento hasta el 1% en 2015 y hasta el 1,5% en 2016. No obstante, los negociadores de convenios deben tener en cuenta las circunstancias específicas de su ámbito para fijar las condiciones salariales. De tal manera que los porcentajes de incremento salarial podrán modularse en cada sector o empresa dentro de los límites derivados del incremento de la productividad y del empleo. De forma tal que la cifra resultante permita a los sectores y a las empresas, en particular las abiertas a la competencia internacional, mantener y mejorar su posición actual y no verse perjudicadas respecto a sus competidores. En todo caso, los sectores y empresas podrán, en el ejercicio de su auto-

nomía colectiva, adecuar los criterios aplicativos recogidos en el Acuerdo en materia salarial, a las especificidades y a la realidad de su ámbito de negociación. Por lo que sirviéndose de las ventajas que supone disponer de un Acuerdo intersectorial en materia de negociación colectiva, los negociadores son soberanos para adecuar la negociación a sus necesidades, de forma que su convenio sea un instrumento que les permita mejorar su competitividad.

- Entre las posibilidades del Acuerdo, se ponen en valor los salarios variables, como una de las herramientas más potentes de ajustar las necesidades de las empresas y los mecanismos salariales.

En este ámbito del IIIAENC, la evolución de los salarios en 2015 ha supuesto la continuidad del proceso de moderación salarial, aunque parece que ya se han abandonado los niveles mínimos de crecimiento observados en años precedentes. En concreto, la variación salarial media pactada en los convenios con efectos económicos en 2015 ha sido del 0,74%.

No cabe duda de que los cambios en la negociación salarial que introdujo el II AENC en el periodo 2012–2014 han permitido adaptar la determinación salarial a la situación específica de las empresas y al contexto económico de nuestro país. Esto junto con la ampliación de las posibilidades de flexibilidad interna que generó la entrada en vigor de la Reforma Laboral de 2012, ha permitido iniciar un proceso de moderación salarial y de tránsito hacia los salarios variables que ha contribuido a que la economía española gane competitividad e inicie un ciclo económico de recuperación y de creación de empleo más intenso que en fases anteriores. Y todo ello sin tensiones en los precios y con superávit exterior.

El III AENC apuesta por una política salarial que contribuya de manera simultánea a la reactivación económica, a la creación de empleo y a la mejora de la competitividad de las empresas españolas. Además pone especial énfasis en una de las grandes asignaturas pendientes de la economía española, que es generar empleo para reducir los altos índices de desempleo que todavía superan el 20% de la población activa española. La información correspondiente sobre la evolución de los incrementos salariales y del empleo en 2015, con un aumento que ligeramente ha superado los 500.000 ocupados, avala que se están siguiendo las recomendaciones del mismo.

**JORDI GARCÍA VIÑA**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona*

*Director de Relaciones Laborales de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales*

*(CEOE)*

[jordi.garcia@ceoe.es](mailto:jordi.garcia@ceoe.es)

**INSTRUCCIONES PARA LA  
PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS**

## INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

**I**nstrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias Bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox. y 2 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco). Las tribunas, escritas en Times New Roman 12, serán de 5 folios a espacio 1,5.

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La Revista Derecho Social y Empresa no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derecho Social y Empresa comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos Social y Empresa. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**revista@centrosagardoy.com**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista electrónica.

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben **señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes** de cada epígrafe de su trabajo

Derecho Social y Empresa establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., «La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia», en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., «Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101-124.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII», en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

## PUBLISHING GUIDELINES IN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

**I**nstructions for authors established following the standard AENOR UNE 50–133–94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50–104–94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1.5, is 20 to 25 pages aprox. Books reviews maximum length should be 2 pages with 1.5 spaces. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to anonymous and external referees that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. These external referees are the basis for decisions on publication or not. The decision is in any case the Editorial Board (Editorial committee) of the journal and the management team of the journal. Derecho Social y Empresa will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derecho Social y Empresa as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while it is being considered for publication in Derecho Social y Empresa. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (**revista@centrosagardoy.com**). In order to facilitate the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, the following details should be included as listed: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review.

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work

Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works:** SIERRA BENÍTEZ, M., «La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia», en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., «Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past», *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501-505.

In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII», en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería, cit.*