

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 laborales¹. 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 regresión².

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»³.

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»⁴. Algo similar ocurre con el principio de norma más favorable, cuya acusada decadencia viene observándose desde hace largo tiempo⁵.

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 negocial⁶. 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»⁷. 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 rechazarlo⁸.

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 últimas⁹. Todo lo cual permite calificar a dicha condición como un «acuerdo contractual tácito» *ex art. 3.1.c) ET*¹⁰.

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»¹¹. 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»¹².

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»¹³. 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»¹⁴. 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»¹⁵.

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 irremediabilmente 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»¹⁶.

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, Rº 2275/1992; 17-12-1997, Rº 874/1997; 24-9-2004, Rº 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»¹⁷.

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 renunciable 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»¹⁸ 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 colectiva¹⁹ 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»²⁰.

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 trabajo²¹. 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 normas²².

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»²³.

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 presupuestos²⁴: 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»²⁵. 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»²⁶. 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»²⁷.

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 pactadas²⁸. 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»²⁹.

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 principios³⁰. 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 cumpliese 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»³¹.

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 personas³². 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 privada³³. 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»³⁴. 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^o 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