

## *Bonus y retribución variable*

**Lourdes López Cumbre**

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

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

*El orden social se enfrenta a una litigiosidad cada vez mayor en torno al incumplimiento o a la modificación de la retribución variable de los trabajadores. Bonus supeditados a condiciones imprecisas, suspensión del contrato de trabajo e incumplimiento de objetivos como consecuencia de la inactividad del trabajador o una extinción anticipada del contrato antes de la liquidación de la remuneración pactada suponen dificultades aplicativas para una forma de retribución cada vez más frecuente y más extendida en la empresa española.*

1. Lo que inicialmente podía ser una materia exclusiva de la capacidad contractual del alto directivo comienza a extenderse a toda la plantilla que, en su estructura retributiva, incluye no sólo el salario base y determinados complementos salariales, sino que algunos de éstos tienen que ver con los resultados y objetivos de la empresa, retribuyendo en metálico o en especie la prestación laboral del trabajador. *Bonus, stock options*, primas por productividad, *phantoms stock options*, participación en beneficios, compra de acciones, transferencia de acciones, obligaciones reembolsables, etcétera, comienzan a formar parte de la terminología común de las empresas, bien porque la negociación colectiva prevé esta forma retributiva, bien porque el empresario la fija unilateralmente. Sin embargo, las dificultades económicas han venido provocando su incumplimiento o modificación, con el correspondiente incremento de reclamaciones antes los tribunales sociales.

En esta línea, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional resolvía, en su Sentencia de 15 de junio del 2016 (Ar. 140109), la reclamación efectuada por un colectivo de trabajadores a quienes la empresa (Atento) les trasladó la supresión de un complemento derivado de los resultados personales y empresariales (Atento Short Term Incentive Plan), abonado una vez al año en el mes de abril como paga anual, establecido sólo para determinados trabajadores (personal de estructura) y obtenido sin interrupción desde su implantación con diferente cuantía cada año. La empresa comunicó que, una vez evaluados los resultados para el periodo anual de referencia,

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

no se habían alcanzado los objetivos financieros que activaban el sistema de retribución variable y que el trabajador permanecería inscrito para el sistema de retribución variable del año siguiente en relación con el cual se le comunicarían los objetivos con posterioridad. El objetivo fijado por la empresa —aunque no consta su expresión pública— fue de un 92 % sobre el EBITDA (*earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*). La previsión de 19 millones aproximados de ganancia se redujo a algo más de 14 millones como consecuencia del pago de las indemnizaciones en un despido colectivo efectuado en la empresa, no alcanzando los objetivos, que llegaron tan sólo a un 74 % de lo exigido.

Si bien la empresa comunicaba anualmente las variables que considerar para obtener este tipo de retribución, lo hacía de forma abstracta, sin fijar el objetivo concreto necesario para materializar la retribución, lo que, a juicio de la Audiencia Nacional, supone el «derecho por parte de los trabajadores a percibir la retribución variable en aquellos ejercicios en los que no se haya fijado con la debida antelación y comunicado tanto a los afectados como a sus representantes legales —dando cumplimiento a los deberes de información que al respecto establece en el artículo 64.1f LET—. Y ello por contravenir lo dispuesto en el artículo 1256 CC la posibilidad de que la empresa fije o comunique los mismos con posterioridad al periodo de tiempo en que debieron devengarse» (FJ 3). Desde el momento en que la empresa modifica este sistema de remuneración (propone a los trabajadores a cambio unos cheques de restaurante), está alterando de forma unilateral condiciones sustanciales del contrato de trabajo, debiendo haber empleado a tal efecto el procedimiento previsto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores (LET). En conclusión, la Sala de lo Social declara la nulidad de la medida adoptada unilateralmente por la empresa (cambio de la retribución variable por un cheque restaurante) y, en consecuencia, impone la «distribución de la misma entre los afectados en proporción al salario ya percibido por cada uno de ellos pues desconociéndose los concretos criterios para su asignación éstos son los únicos datos objetivos existentes» (FJ 3).

2. Una materia controvertida sobre la que, sin embargo, existe ya doctrina jurisprudencial en relación con la cual, con carácter general, cabría afirmar lo siguiente:
  - a) Se puede establecer un sistema de retribución variable por objetivos que habrá de determinar la empresa, pero tales objetivos deberán ser conocidos por el colectivo de los trabajadores afectados, sin posibilidad de comunicárselos *a posteriori* (STS de 24 de marzo del 2015, Ar. 4069).
  - b) El trabajador puede acceder a un incentivo condicionado a la fijación de objetivos por la empresa, pero, si no se conoce exactamente si los objetivos de los que depende la percepción ha de alcanzarlos cada trabajador o la empresa en su conjunto o el conjunto de la empresa o el centro de trabajo, se considera que el pacto de incentivos se halla sujeto a la voluntad de uno de los contratantes, contrariando lo prohibido por el artículo 1256 del Código Civil (CC). De esta forma, el pacto se transforma en un acuerdo no condicionado y, por ende, exigible en la cuantía prometida. Deberá interpretarse en el sentido más adecuado para que pueda causar efecto (1284 CC) y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato (1288 CC), normalmente la empresa (STS de 1 de julio del 2014, Ar. 4519).

- c) Si se acuerda un complemento salarial por objetivos, pero su concreción final queda a la exclusiva voluntad del empresario y, además, el acuerdo en el que se establece está ambiguamente redactado hasta el punto de no ser posible determinar las condiciones para su devengo, la empresa deberá abonar el complemento en todo caso (STS de 9 de julio del 2013, Ar. 6570).
  - d) La retribución variable por objetivos se devenga por alcanzar colectivamente un objetivo global, de modo que todos los trabajadores computados para calcular la consecución de éste, con independencia del tiempo de trabajo efectivo, tendrán derecho a percibirlo íntegramente (STS de 6 de noviembre del 2012, Ar. 10728).
  - e) La prima pactada en un contrato que se extingue con anticipación deberá abonarse en proporción con el tiempo efectivamente trabajado, una vez cumplido el objetivo comprometido (STS de 9 de diciembre del 2010, Ar. 143/2011).
  - f) En lo que concierne al *bonus* o retribución anual variable en función de los resultados de la empresa o cumplimiento de los objetivos fijados al trabajador, es requisito para su consideración el que se haya devengado, es decir, que haya surgido ya como obligación líquida en el momento del despido, momento a partir del cual, aunque no se trate de obligación vencida, puede hablarse de él como un «salario» o «complemento salarial» propiamente dicho. Es lógico que en estos casos de *bonus* de devengo anual pendientes de perfeccionamiento se utilice para el cálculo del salario regulador de la indemnización de despido el incentivo anual devengado el año anterior (STS de 24 de octubre del 2006, Ar. 7852).
  - g) Se deberá considerar error excusable incluir en el cálculo de la indemnización el *bonus* de un año anterior, que es, en realidad, el del ejercicio cerrado anteúltimo, esto es, el abonado el año anterior al del despido (STS de 28 de febrero del 2006, Ar. 5929). Asimismo, lo será no haber incluido como salario el importe atribuido a las *stock options* (STS de 26 de enero del 2006, Ar. 2227), un error que se traduce, a su vez, en un depósito para recurrir inferior al que sería exigible.
3. Conviene advertir que, en los últimos meses, algunos pronunciamientos del orden social han puesto de manifiesto cuestiones distintas a las ya resueltas, así, la imposibilidad de admitir el cálculo prorrateado del *bonus* en la indemnización por despido cuando el trabajador no lo hubiera percibido en años anteriores y no hubiera sido impugnada su falta de percepción en ningún momento (STSJ de 12 de septiembre del 2016, Ar. 234669); la inadecuación de la retribución cuando, sometido el trabajador a la evaluación subjetiva de un superior, no consigue la valoración exigida (STSJ de 14 de septiembre del 2016, Ar. 227909), o la acción de reembolso en las cantidades abonadas a directivos de entidades financieras que reciben apoyo público para su reestructuración o saneamiento (STJS de Madrid de 18 de enero del 2016, Ar. 41527).

Este último supuesto, basado en la acción de restitución del artículo 1895 del Código Civil (y que implica pago efectivo, inexistencia de obligación por parte del que paga o del que recibe y error por quien efectúa el pago), condena al reintegro de un variable abonado

sobre una premisa «errónea», cual es la existencia de unos importantes beneficios que después se demuestran inexistentes hasta el punto de precisar la entidad (Bankia) fondos públicos para ser rescatada. Se solicita la devolución del valor bruto y no el neto al haber procedido la empresa a ingresar en la Hacienda Pública la retención correspondiente, estando únicamente legitimados para solicitar su reintegro a esta última los trabajadores obligados al pago. «Existe el desplazamiento patrimonial que, indudablemente, beneficia a una parte y perjudica a la otra, pues la empresa, que ha tenido que cumplir con la obligación de retener e ingresar la deuda tributaria del trabajador, ve cómo éste percibe íntegra la renta sin impuesto alguno» (STJS de Madrid de 18 de enero del 2016, Ar. 41527, FJ 8). Se justifica, así, la acción de enriquecimiento dirigida a la recuperación de una suma que ha salido definitivamente del patrimonio de quien ha sufrido el empobrecimiento, sin posible reivindicación por su parte, puesto que no es el empresario el sujeto pasivo del impuesto y la única acción que experimenta es, precisamente, la del enriquecimiento sin causa (conviene advertir que, en el supuesto controvertido, no se llega a admitir tal pretensión por «incongruencia *extra petita*» al solicitar en recurso algo no pedido en la demanda).

Finalmente, uno de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta materia incide en la posibilidad de incorporar el importe cero del *bonus* en el cálculo de la indemnización por despido cuando éste se produce en los primeros días del año y se conoce que, en relación con el año anterior, no se va a abonar el complemento en cuestión. «No se está excluyendo el *bonus* del cálculo de la indemnización sino aplicando el importe cero que atribuye al mismo». Pero reconoce que la solución ha de ser distinta cuando el despido se produce avanzado el año, en cuyo caso deberá tenerse en cuenta en la indemnización (calculada sobre el salario del último mes) el prorrateo de la percepción correspondiente al año anterior (antepenúltimo ejercicio). Por eso, también se considera un error excusable dada «la complejidad jurídica derivada del modo en que se devenga y abona el incentivo, en particular por el momento en que se lleva a cabo el despido, ya vencida holgadamente la anualidad de devengo pero sin que llegue todavía el momento del pago y también por la diferente marcha económica de la empresa durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores al despido» (STS de 30 de junio del 2016, Ar. 4408, FJ 5). De esta forma, aunque el despido sea considerado procedente (despido objetivo) deberá abonarse la diferencia indemnizatoria derivada de incluir en el montante de la indemnización el *bonus* pagado al interesado en el año anterior. Lo que significa que, en el cómputo de la indemnización (veinte días), el cálculo del importe del día deberá ser incrementado por lo percibido como consecuencia del *bonus* el año anterior al despido.

4. En conclusión, y, con carácter general, la retribución variable dependiente de un *bonus*, normalmente determinado según los beneficios de la empresa, exige garantías tanto en su fijación como en su cuantificación. Una determinación abstracta o general, en la que pudiera deducirse que el cumplimiento de la condición queda al arbitrio de una de las partes (el empresario), puede conducir a la nulidad de la cláusula y, en consecuencia, a la condena al pago de la citada retribución. Por lo demás, si el objetivo es global y están implicados todos los trabajadores para su consecución, se impone la percepción por todos ellos (en ocasiones, incluso con independencia del tiempo trabajado, llegando a concederse la cantidad íntegra, aunque no se haya trabajado

todo el periodo fijado para su devengo). Además, si el contrato se extingue anticipadamente (especialmente ante un despido improcedente), deberá abonarse la prima correspondiente en proporción con el tiempo trabajado, una vez cumplido el objetivo comprometido. Rige, en fin, como norma que se consolida, el cálculo del salario regulador de la indemnización por despido, incluido el incentivo anual percibido el año anterior.

Para más información consulte nuestra web [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com), o diríjase al siguiente *e-mail* de contacto: [info@gomezacebo-pombo.com](mailto:info@gomezacebo-pombo.com).

---

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York