

# FIDELIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES TRAS UNA OPERACIÓN DE FUSIÓN O ADQUISICIÓN EMPRESARIAL

**JUAN ALONSO BERBERENA**

*Director del Departamento de  
Derecho Laboral de Ashurst Madrid*

**CARMEN GORDILLO CRUZ**

*Abogada del Departamento de  
Derecho Laboral de Ashurst Madrid*

## **Extracto:**

**E**STE artículo tiene por objeto poner de manifiesto algunas de las fórmulas de retribución salarial variable que pudieran recibir los empleados como consecuencia de la adquisición de la compañía en la que éstos prestan sus servicios por parte de una empresa de capital riesgo o en los supuestos de fusión de sociedades en los que dicha entidad pudiese hacerse con el control de la misma.

El equipo directivo de la sociedad adquirente no necesariamente tiene que conocer el sector de actividad de la empresa adquirida, con lo que, en muchas ocasiones, podría delegar a los empleados «clave» de la misma la toma de decisiones operativas y de relevancia de ésta, a cambio de asegurar el compromiso y la permanencia de estos trabajadores, incentivándolos económicamente para que cumplan con una serie de objetivos empresariales.

Los sistemas de retribución en los que nos hemos centrado, por su frecuente utilización en este tipo de operaciones, son: la retribución mediante sistemas de participación en el capital social de la empresa y los llamados bonus a corto, medio y largo plazo. Abordaremos en este artículo los motivos y aspectos fundamentales de su concesión, los tipos de planes existentes, así como las implicaciones en caso de extinción del contrato de trabajo y en materia de reclamación de cantidad.

**Palabras clave:** sistemas de retribución, participación en el capital social, bonus e incentivos, permanencia y compromiso, extinción del contrato y reclamación de cantidad.

# RETAINING EMPLOYEES WHEN A M&A TRANSACTION ARISES

**JUAN ALONSO BERBERENA**

*Head of the Employment  
Department of Ashurst Madrid*

**CARMEN GORDILLO CRUZ**

*Lawyer of the Employment  
Department of Ashurst Madrid*

## **Abstract:**

**T**HE purpose of this article is to highlight various variable remuneration schemes to employees as a consequence of the acquisition, by private equity entities, of a company in which these employees render their services; or, in the event of a merger undertaken in which the private equity entity gains control of the company being acquired.

Taking into account that sometimes the managing team of the company which acquires the business could not understand the specific business of the sector of activity of the acquired company, the «key» employees could be empowered by them to carry out the transactional decision making and leading process of the company. Thus, the employees would receive an economic incentive should they undertake specific objectives determined by the employer, as well as their commitment and permanence in the company.

In this article we have highlighted the following remuneration schemes, assuming its frequent use in these kind of transactions: compensation by means of the granting of share capital in the company and short, medium and long term bonus. The present article emphasises the reasons and the essential aspects of its granting to employees, the type of plans, as well as the effects in case of termination of the employment agreement and in the event of claims of amounts.

**Keywords:** remuneration schemes, holding share capital, bonus and incentives, permanence and commitment, termination of employment agreement and claim of amount.

# Sumario

1. Introducción.
2. Motivos de concesión para el establecimiento de bonus o fórmulas retributivas de participación en el capital de la empresa.
  - 2.1. Lograr la permanencia de los empleados en la compañía.
  - 2.2. Desarrollar la actividad productiva de la empresa.
  - 2.3. Reforzar la confianza en la empresa fidelizando a los empleados «clave».
3. Tipos de bonus y de fórmulas de participación en el capital de la empresa.
  - 3.1. Tipos de bonus: a corto, medio o largo plazo.
  - 3.2. Tipos de fórmulas de participación en el capital de la empresa.
4. Funcionamiento de los bonus y de las formas de participación en el capital de la empresa.
  - 4.1. La evaluación del riesgo como aspecto previo a tener en cuenta a la hora de poner en funcionamiento un sistema de retribución variable.
  - 4.2. Los planes de incentivos: contenido y cláusulas fundamentales.
5. Implicaciones laborales relativas al abono de las fórmulas de participación en el capital de la empresa o de bonus a corto, medio o largo plazo.
  - 5.1. Introducción.
  - 5.2. Las reclamaciones de cantidad.
  - 5.3. Las situaciones extintivas.
  - 5.4. Implicaciones en materia de Seguridad Social.
6. Breve reseña a los pactos de permanencia.
7. Conclusiones.
  - 7.1. Aspectos preliminares.
  - 7.2. La redacción del plan de remuneración.
  - 7.3. La adscripción del empleado.
  - 7.4. Los efectos laborales del plan en caso de controversia.

## 1. INTRODUCCIÓN

La fusión o adquisición empresarial por parte de una empresa de capital riesgo implica, en numerosas ocasiones, que éstas se deban hacer con el control de una compañía que desarrolla su actividad en un determinado sector desconocido para el equipo directivo de la sociedad adquirente.

Este hecho provoca la necesidad de tener que delegar la toma de decisiones operativas y de llevar a la compañía en su día a día en empleados que han venido prestando sus servicios para la misma con experiencia y con conocimientos específicos del funcionamiento del mercado y, concretamente, del sector en cuestión en el que dicha empresa desarrolla su actividad. Por ello, se deben idear fórmulas retributivas que traten de asegurar el compromiso y la permanencia de estos empleados «clave», procurando así mantener una estabilidad organizativa y operativa a la empresa que permita continuar su desarrollo en el mercado, el mantenimiento de su posición y, en definitiva, lograr mayores beneficios de cara a una posterior venta, que es uno de los objetivos primordiales de las empresas de capital riesgo.

El tratar de fidelizar a dichos empleados y lograr su permanencia mediante un incremento de su remuneración fija parece que no es la solución correcta, puesto que lo único que se obtendría sería un aumento lineal anual de los salarios de los empleados sin ligarlos e involucrarlos directamente en los resultados de la empresa, por lo que es recomendable acudir a formas retributivas salariales que dependan de unos objetivos o circunstancias que les permitan obtener unas ganancias a través de su esfuerzo y dedicación personal, debiendo permanecer en la compañía un determinado periodo de tiempo.

Desde esta perspectiva, nos ha parecido interesante abordar dos sistemas de retribución que, desde el punto de vista jurídico-laboral, guardan gran interrelación. Nos estamos refiriendo a las fórmulas retributivas mediante la participación en el capital social de la empresa y a los llamados bonus a corto, medio y largo plazo.

En el presente artículo, partiendo de generalidades tales como los motivos de concesión de dichas fórmulas de retribución variable y los tipos existentes de planes que se pueden adoptar, abordaremos algunas cuestiones importantes que deben tenerse en cuenta a la hora de llevar a la práctica la concesión de estos sistemas retributivos.

Asimismo, centraremos nuestra atención en dos de los aspectos fundamentales que se deben tratar a la hora de conceder a los empleados fórmulas de retribución variable, tales como son: las implicaciones en caso de extinción y aquellas que pueden surgir en materia de reclamación de cantidad.

Finalizaremos nuestro artículo con unas conclusiones sumarias.

## 2. MOTIVOS DE CONCESIÓN PARA EL ESTABLECIMIENTO DE BONUS O FÓRMULAS RETRIBUTIVAS DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL DE LA EMPRESA

A la hora de establecer sistemas de retribución variable se han ido buscando fórmulas que permitan incentivar a los empleados y al tiempo lograr su permanencia en las compañías. Dentro de los sistemas retributivos que han venido aplicándose por las empresas en los últimos tiempos cabe destacar aquellos que han fomentado la participación de los empleados en el capital de la empresa y los que han tratado de recompensar económicamente a los trabajadores otorgándoles el derecho a percibir un salario variable en función de objetivos (bonus).

Las razones fundamentales por las cuales las empresas conceden estos incentivos a empleados como forma de retribución variable podrían ser tres:

### 2.1. Lograr la permanencia de los empleados en la compañía

Partiendo de la premisa de que, en el marco de un proceso de fusión o adquisición de empresas, conviene mantener una continuidad de los empleados «clave» (normalmente directivos), al menos durante la fase de transición, y siendo conscientes de que, en algunos casos, los órganos de dirección de las empresas adquirentes o resultantes de la fusión no tienen experiencia ni información estratégica comercial y de producción suficiente para poder desarrollar la actividad de la empresa objeto de la operación, tal y como puede ser el caso de empresas de capital riesgo, ajenas a la actividad comercial, operativa y productiva de determinados sectores, es necesario tratar de lograr la permanencia de dichos empleados «clave» para que puedan seguir desarrollando las labores que venían realizando con anterioridad a que se llevase a cabo la operación.

En este sentido, y al objeto de que la empresa adquirente o resultante de la fusión pueda obtener beneficios en un corto espacio de tiempo, se debe motivar a dichos empleados «clave» para lograr un mejor y más eficaz desarrollo comercial y productivo. Pues bien, una forma de conseguir este objetivo es incentivar a los empleados «clave» mediante la concesión de un bonus anual o plurianual sujeto a la consecución de unos determinados objetivos y a la consecución de unos resultados o la implantación de sistemas de participación de dichos trabajadores en el capital de la empresa.

### 2.2. Desarrollar la actividad productiva de la empresa

Siendo éste el *leitmotiv* de cualquier proyecto empresarial, el vincular la concesión de una remuneración variable a lograr una mayor eficiencia empresarial para obtener unos mejores resultados comerciales o un mayor desarrollo de la compañía en el mercado a cambio de una mayor retribución en función de los logros conseguidos, representará un incentivo para el empleado que redundará en la realización de una mejor prestación de servicios y una mayor involucración en la actividad de las empresas.

### 2.3. Reforzar la confianza en la empresa fidelizando a los empleados «clave»

Los cambios que se suelen producir a la hora de llevar a cabo un proceso de adquisición o fusión de empresas pueden llegar a crear una cierta incertidumbre en los empleados de la sociedad objeto de la operación. Evidentemente, una salida masiva de empleados «clave» o directivos puede desmotivar al resto de la plantilla, con lo que se podrían generar tensiones que, a medio o corto plazo, podrían redundar en los beneficios de la compañía. Por otra parte, la imagen de la empresa de cara al exterior y, fundamentalmente, frente a sus competidores, podría verse dañada como consecuencia de las bajas voluntarias que pudiesen producirse tras la operación mercantil.

Una plantilla estable, en la que sus empleados «clave» demuestren confianza y fidelidad, repercute en el ánimo de los trabajadores, en su eficacia y en la productividad de la empresa. Por ello, la creación de fórmulas salariales variables en favor de una serie de empleados o, incluso, si fuera el caso, de toda la plantilla, podría lograr una fidelización de éstos y un mayor compromiso, lo que podría conllevar una consecución más eficaz de los objetivos empresariales.

## 3. TIPOS DE BONUS Y DE FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL DE LA EMPRESA

### 3.1. Tipos de bonus: a corto, medio o largo plazo

Tal y como tiene acreditado la jurisprudencia, los bonus, independientemente de si éstos están fijados a largo, medio o corto plazo, son modalidades de retribución variable que se abonan en función de la productividad, resultados obtenidos, beneficios empresariales o rendimiento fijado en cantidad o calidad del trabajo desempeñado por cada empleado. De esta forma, se podría llegar a considerar, dentro de la estructura salarial clásica, que los bonus son similares a los pluses o complementos de productividad, que dependen del trabajo realizado o de la situación y resultados de la empresa.

Asimismo, ha venido señalando la jurisprudencia que este tipo de salario variable suele tener caracteres discrecionales, voluntarios en cuanto a su concesión por parte del empleador y, como consecuencia de lo anterior, gratificables y no consolidables en el tiempo, siempre que se recoja de esta forma en los planes o documentos que regulen de los mismos y, tal y como señalaremos más adelante, se eviten las fórmulas de atribución o abono discriminatorias.

Tradicionalmente se ha venido considerando el bonus a corto plazo como aquella retribución inmediata (con un plazo de generación aproximado de un año como máximo) que está sujeta al desempeño del empleado, de un colectivo de trabajadores o de la empresa en general como medida para motivar e incrementar el compromiso hacia la misma.

Por otra parte, los bonus a medio o largo plazo van encaminados a lograr el éxito continuado y sostenido de la compañía, garantizando una eficacia prolongada por parte de los empleados participan-

tes en el plan, al tiempo que su permanencia y la posibilidad de que obtengan una mayor remuneración con una optimización fiscal mayor que la que podrían haber logrado con incentivos a corto plazo continuados. En este sentido, se podrían considerar bonus a medio plazo aquellos que tienen un plazo de devengo de entre dos y cuatro años, y a largo plazo aquellos que excedan este umbral temporal.

### 3.2. Tipos de fórmulas de participación en el capital de la empresa

Dada la situación actual de ajuste económico en la que se encuentra nuestro país, las empresas se han visto obligadas a soportar grandes costes difíciles de asumir. En este escenario, las políticas de retribución de muchas compañías han sido modificadas, en primer lugar, mediante la reducción del salario de los empleados y, en segundo lugar, con la implantación de nuevas fórmulas de retribución consistentes en la participación en los beneficios de la compañía en la que desempeñan sus servicios.

En consecuencia, algunas contraprestaciones recibidas por el trabajador tienen la consideración de salario en especie que, aun abonándose en un bien distinto al dinero, también retribuyen los servicios prestados por el empleado <sup>1</sup>. Dichas fórmulas retributivas, una vez que se materializan, pasan a ser salario en metálico <sup>2</sup>.

Existen varias fórmulas de retribución en especie que los empresarios vienen aplicando desde hace unos años, de entre las que podemos destacar las siguientes:

a) *Entrega de acciones o de participaciones (según la forma jurídica que ostente la empresa en cuestión: sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada)*

Este sistema retributivo implica que la empresa entrega al trabajador acciones o participaciones de la sociedad, bien de forma gratuita, bien a un precio determinado que puede llegar a ser inferior al del mercado (normalmente, el descuento oscila entre un 5 y un 15%).

Esta forma de pago suele ser utilizada por el empresario para remunerar el rendimiento productivo del trabajador y, a su vez, motivarle para la obtención de resultados positivos en la empresa. En este sentido, la entrega de acciones suele ser utilizada para estimular el rendimiento de aquellos

<sup>1</sup> A este respecto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 26 de enero de 2006 (RJ 2006, 2227), al estimar: «Es cierto, como señala la parte recurrente, que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el carácter salarial o extrasalarial de los beneficios obtenidos por el trabajador por medio de la adquisición de opciones sobre compra de acciones debe determinarse en cada caso, a la vista de las características concretas de los distintos planes de *Stock Options*, y de los acuerdos suscritos en aplicación de los mismos, planes y acuerdos que en la práctica societaria pueden y suelen ser muy diversos. La exigencia de este "estudio individualizado" se indica ya en nuestras sentencias de 24 de octubre de 2001 (RJ 2002, 2362) y [rec. 4851\2000 (RJ 2002, 2363) y 3295\2000 (RJ 2002, 2362)], dictadas en sala general, y se declara también, con mayor énfasis, en la Sentencia de 1 de octubre de 2002 (RJ 2002, 10666) (rec. 1309\2001), acordada asimismo en sesión del pleno o sala general».

<sup>2</sup> Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de febrero de 2001 (AS 2001, 779) y de 2 de octubre de 2001, entre otras.

empleados «clave» en la organización productiva, puesto que se identifican sus intereses con los de los accionistas de la compañía.

Por otra parte, es importante resaltar que una vez el trabajador ostente la titularidad de las acciones en cuestión, ya sea mediante su compra o por concesión gratuita de las mismas por parte del empresario, automáticamente se convertirá en el titular de los derechos a obtener dividendos, de voto y de libre disposición.

#### b) *Compra de acciones restringidas*

Mediante esta modalidad de compra de valores, el empleado recibe un número de acciones con determinadas limitaciones que prohíben su venta o transferencia durante el tiempo que dura la restricción. De entre las condiciones limitativas anteriores destacamos las siguientes:

- i. En primer lugar, debe haber información pública actual disponible referente al emisor, esto es, acerca de la empresa que concede el plan de acciones restringidas al empleado.
- ii. El empleado será propietario de las acciones de referencia, con derecho de voto y obtención de dividendos, durante el periodo de restricción, que suele oscilar entre uno y cinco años. Esta etapa comienza en el momento en que se produce la adquisición de los valores al empresario y, consecuentemente, el pago de los mismos a éste.
- iii. En determinadas circunstancias, ciertos empleados tenedores de acciones restringidas se convierten en titulares de acciones no restringidas, tras un periodo de tenencia menor (aproximadamente, de entre uno y tres años), finalizado el cual, pueden aplicarse restricciones de volumen.
- iv. Cuando el trabajador cesa en la compañía antes de caducar las restricciones, estará obligado a devolver a la empresa las acciones recibidas con anterioridad, por entenderse incumplido su deber de fidelidad y permanencia en la compañía.

#### c) *Acciones ficticias o fantasma*

El concepto de acciones ficticias o acciones fantasma, cuyo plan obtiene comúnmente la denominación de *Phantom Plan*, difiere en muy poco de lo que se conoce como opciones sobre acciones o *Stock Options*.

En las acciones ficticias no se produce la entrega material de las acciones al empleado, sino que el empresario asigna al trabajador un número de acciones ficticias, asumiendo el compromiso de satisfacer una cantidad en metálico equivalente al incremento de valor de las acciones más los dividendos que hubiera recibido de haberse entregado un paquete real de acciones; todo ello, durante el periodo en el cual estuviera vigente el plan.

Aunque, como veremos más adelante, las opciones sobre acciones están íntimamente vinculadas con las acciones ficticias en cuanto a su estructura; la entrega de las primeras supone para el empleado un pago en especie, mientras que en las acciones ficticias el trabajador sólo recibe una ganancia vinculada al valor real de las acciones. Esta ganancia tiene naturaleza salarial, puesto que existe un ingreso para el trabajador cuantificable en términos económicos y derivado del contrato de trabajo.

#### *d) Obligaciones convertibles en acciones*

Se trata de una operación financiera entre el trabajador y la empresa que, en ningún caso, constituye retribución en especie. El empleado obtiene un crédito, a un tipo de interés normal o, incluso, a un interés más barato que el existente en el mercado bancario y que aquel por el cual se emiten las obligaciones ordinarias, que es utilizado para suscribir obligaciones convertibles en acciones de la compañía. El empleado o directivo receptor de tales obligaciones queda garantizado con la obtención de los correspondientes intereses que producen las acciones y que, además, le permiten evaluar, durante algún tiempo, la rentabilidad que obtendría de una posible inversión en acciones de la empresa.

En este sentido, si el valor de la acción aumenta, el empleado puede convertir la obligación en acciones ordinarias, vender las acciones que sean necesarias para reembolsar el crédito y obtener el beneficio de la ganancia.

Ahora bien, cuando el precio de la acción disminuye, la obligación convertible es rescatada y el crédito amortizado.

#### *e) Transferencia de acciones al personal*

La transferencia de acciones al personal, formalmente denominada *Employee Stock Ownership Plan (ESOP)*, constituye una fórmula mediante la cual la sociedad adquiere una cantidad de sus propias acciones que es depositada en un fideicomiso en el plan *Employee Stock Ownership Trust*. Con una periodicidad anual, se asigna a cada empleado parte de esos valores de la empresa, ya sea gratuitamente o mediante la compra de los mismos a un coste inferior al de mercado, que el *Employee Stock Ownership Plan* retiene hasta la jubilación o extinción de la relación laboral con la compañía.

La transferencia de acciones constituye una variante de los fondos de pensiones y de la participación en beneficios. Ahora bien, las diferencias entre los anteriores sistemas y la transferencia de acciones estriban en que:

- i. El funcionamiento de la participación en beneficios se configura como un mecanismo en el que los beneficios se pagan al trabajador en metálico y no en acciones de la sociedad. Adicionalmente, en la participación en beneficios es necesario que las contribuciones recibidas

de la empresa estén ligadas a los beneficios que obtiene la misma en un periodo de tiempo determinado.

- ii. Por su parte, los fondos de pensiones únicamente pueden estar financiados con recursos propios, mientras que la transferencia de acciones también puede estarlo con recursos ajenos a la compañía. Esta operación se conoce como *Leveraged Buy Out (LBO)* y consiste en la compra de una sociedad por parte de su equipo directivo, que recurre al endeudamiento, mediante la suscripción de planes de transferencia de acciones.

#### f) Acciones por rendimiento

Se trata de acciones ordinarias que se conceden a trabajadores o directivos de forma progresiva y que, como su propio nombre indica, están condicionadas a la consecución de unos objetivos específicos de rendimiento en la empresa. Los rendimientos mencionados suelen estar prefijados con anterioridad, ya sea de forma genérica, como de forma particular para cada empleado concreto y plasmado por escrito. De entre los objetivos que se suelen exigir podemos destacar los siguientes: i) aumento de los beneficios de la empresa; ii) aumento de beneficios por acción; iii) captación de clientes; iv) expandir las oportunidades de negocio; v) disminuir los costes empresariales; vi) nuevos estudios en investigación y desarrollo; vii) permanencia en la compañía durante un número determinado de años, etc. Es importante resaltar que, con independencia de que el precio de la acción disminuya, las acciones por rendimiento mantienen un valor perceptible.

#### g) Opciones sobre acciones

Es la modalidad de participación en el capital de la sociedad por excelencia y sobre las cuales desarrollaremos este artículo. Las opciones sobre acciones o *Stock Options* se asemejan a las descritas anteriormente, siendo una forma de pago de la que han derivado el resto de las figuras y siendo el motivo de su concesión, como para el resto de incentivos a largo plazo, el cumplimiento de ciertos objetivos por el empleado o la permanencia en la empresa por un periodo determinado de tiempo<sup>3</sup>.

El trabajador dispone de un contrato de trabajo y de un contrato de opción de compra íntimamente conectado con el primero. De hecho, las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo realizado que se establecen en el contrato laboral se proyectan al contrato de opciones sobre acciones, en el que el empresario se convierte en el cedente y el empleado en beneficiario de la ganancia posible, consistente en la diferencia entre el valor de las acciones en el momento del ejercicio de la opción y el precio de concesión pactado.

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo, en dos sentencias de 24 de octubre de 2001, ha definido las mismas como «un derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleado para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir, bien la diferencia de precio de mercado de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento y ejercicio), bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho».

Ciertamente, esta fórmula no consiste en la entrega de una cantidad determinada de dinero, sino en una fórmula de financiación para la adquisición de acciones de la empresa por parte de los trabajadores costeada por ella. En tal sentido, la empresa no efectúa una entrega directa de acciones ni exige el pago de una prima al trabajador para la adquisición de la opción de compra de las acciones; es simplemente la concesión de una facultad de compra de acciones de la empresa durante un tiempo y a un precio preferencial predeterminado.

En este sentido, las opciones sobre acciones son beneficios concedidos a algunos trabajadores en virtud de los cuales se le otorga un derecho de compra de un determinado número de acciones a un precio preestablecido y en una fecha determinada (fecha de ejercicio). La ventaja consiste en que el precio de las acciones en el momento en que se concede el derecho suele ser inferior al valor real de la adquisición de tales acciones. El riesgo para el titular de las *Stock Options* existe en el supuesto de que no compre las acciones en el periodo predeterminado o si las acciones se deprecian y, por tanto, la oferta de la empresa pierde su atractivo.

Aunque el plan de opciones sobre acciones puede negociarse en el convenio colectivo aplicable a la empresa, lo más frecuente es que sea el empresario quien unilateralmente decida instrumentar el mismo.

#### **4. FUNCIONAMIENTO DE LOS BONUS Y DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL DE LA EMPRESA**

##### **4.1. La evaluación del riesgo como aspecto previo a tener en cuenta a la hora de poner en funcionamiento un sistema de retribución variable**

Como consecuencia de la crisis mundial existente, la Comisión Europea, en una serie de recomendaciones y comunicaciones sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros <sup>4</sup>, ha abogado por la implantación de sistemas de retribución variable adaptados a los riesgos del mercado y a la consecución de las operaciones. Desde esta perspectiva, y enfocado a los mercados de operaciones mercantiles en los que pudiesen verse involucradas entidades de capital riesgo, la Comisión Europea aboga por la puesta en funcionamiento de sistemas de remuneración en los que la obtención por parte de los empleados del beneficio económico esté condicionado a que la situación de incertidumbre o riesgo financiero de la operación haya trascurrido o, al menos, esté controlada.

Para la Comisión Europea, las prácticas remuneratorias que se han venido aplicando en el sector financiero, fundamentalmente por bancos y entidades de capital riesgo, eran contrarias a una ges-

<sup>4</sup> Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros, de 30 de abril de 2009, C(2009)3159 y Comunicación de la Comisión que acompaña a la Recomendación de la Comisión que complementa las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE en lo que atañe al sistema de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa y a la Recomendación de la Comisión sobre políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros, de fecha 30 de abril de 2009, COM (2009) 211 final.

tión sólida y efectiva de los riesgos. De esta manera, se primaban los beneficios a corto plazo por la realización de actividades que entrañaban un gran riesgo financiero, el cual sólo podría evaluarse a largo plazo. Por ello, el Ejecutivo comunitario aconsejaba tener en cuenta factores como el riesgo financiero existente, los costes de capital y la liquidez de las compañías antes de proceder al pago de los incentivos. De esta forma, se pretende evitar que se abonen incentivos a corto y medio plazo mientras la operación esté en marcha, inclinándose más a favor de los sistemas de incentivo a largo plazo (entre tres y cinco años), en los que se pagaría a los empleados su retribución variable una vez que se ha controlado definitivamente el riesgo de la operación.

No obstante, siendo consciente de la realidad y que, en muchas ocasiones, los empleados percibían incentivos al inicio o durante la operación, la Comisión Europea sugiere que, para estos supuestos, los planes de incentivos contengan unos mecanismos de devolución de incentivos, para el caso de que los resultados finales no lleguen a los objetivos fijados o, incluso de suspensión, para aquellos supuestos en que la situación de la compañía se deteriore sensiblemente.

#### 4.2. Los planes de incentivos: contenido y cláusulas fundamentales

Partiendo del hecho de que cada empresa tiene que establecer un plan propio adecuado a su estructura y objetivos y que, como ha reconocido la jurisprudencia, cada plan debe tratarse de forma aislada sin que puedan extrapolarse las resoluciones judiciales adoptadas en cuanto a la interpretación de un plan a otro diferente, el paso primero que se debe tener en cuenta a la hora de poner en marcha un sistema de incentivos es la creación de un plan que lo regule. Dicho plan tendrá que contener un clausulado que, desde el punto de vista del Derecho Laboral, aborde, entre otros, aspectos tales como: la naturaleza del mismo, la determinación de los sujetos participantes en él, su duración, los sistemas de obtención del beneficio y los diferentes supuestos en caso de extinción de la relación laboral.

Dentro de la **naturaleza del plan**, se debería establecer claramente que se trata de una concesión graciosa y no consolidable, irrepetible y voluntaria por parte del empresario. De esta manera, se podría evitar que la concesión de la retribución variable mediante incentivos o fórmulas de participación en la empresa pudiese ser considerada como un derecho adquirido o una condición más beneficiosa por parte de los participantes.

Asimismo, en lo que respecta a **la determinación de los sujetos participantes** en el mismo, es necesario aludir a la capacidad discrecional del empresario. A menudo nos encontramos con muchos planes de retribución variable que incluyen cláusulas en las que se indica que el empresario tendrá la facultad discrecional de elegir a los empleados a los que se les va a hacer partícipes de dicha remuneración y que el abono de los bonus tendrá un componente de discrecionalidad. Sin embargo, conviene subrayar que, pese a que los empresarios tienen esta facultad discrecional de elección, de fijación de objetivos e incluso de establecimiento de criterios a la hora de pagar los bonus a sus empleados, si no se utilizan criterios objetivos, cabe el riesgo de que los trabajadores a los que no se les ha ofrecido la posibilidad de participar en el plan o que, atendiendo a la discrecionalidad no se les haya abonado un salario variable (en el caso de bonus), pudiesen reclamar contra la empresa frente a los tribunales alegando discriminación.

En este sentido, existen algunos pronunciamientos judiciales <sup>5</sup> que disponen que, con amparo en el principio de autonomía de la voluntad «el incentivo que se abona por la empresa, no impuesto por convenio colectivo ni en los contratos individuales, al venirse abonando al trabajador sin cadencia temporal alguna y en cuantía variable dependiendo de la exclusiva voluntad de la demandada, constituye evidentemente una gratificación voluntaria y graciable», es decir, que la empresa la abona voluntariamente sin tener que dar explicación alguna.

Sin embargo, y para evitar conflictos en materia de discriminación, la empresa, a la hora de determinar el grupo de empleados que podrá participar en el plan de retribución variable, o a la hora de determinar el beneficio económico a que tendrá derecho el empleado, deberá fundamentar su decisión en argumentos objetivos, evitando cualquier tipo de discriminación amparada en la vulneración de derechos fundamentales tales como raza, sexo, edad, religión, etc. Es cierto que, tal y como ha venido disponiendo la jurisprudencia, cuando se alega discriminación, el empleado debe acreditar ante los tribunales la existencia de indicios que generen una razonable sospecha de discriminación; pero no hay que olvidar que, una vez que se hayan acreditado dichos indicios, le corresponderá a la empresa asumir la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos, o aun sin justificar su licitud, son razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales.

A este respecto, bastaría con demostrar que el colectivo de empleados participantes ha sido elegidos en función de su responsabilidad, categoría profesional, asunción de riesgos específicos inherentes a sus puestos de trabajo, etc. Por otra parte, en cuanto al abono del salario variable (en los supuestos de bonus), bastaría con acreditar el cumplimiento de los criterios para la concesión del salario variable y, en el caso de que una parte de éste se base en argumentos discrecionales por parte de la empresa, convendría realizar una evaluación del rendimiento, involucración en el proyecto empresarial y actuación de los empleados participantes para poder demostrar que, en función de criterios iguales para todos los trabajadores, se ha concedido un determinado porcentaje del incentivo a cada uno de los empleados.

No obstante todo lo señalado, y para cerrar el capítulo relativo a la discrecionalidad, cabe apuntar que, una vez establecido el sistema de incentivo, tanto si se realiza unilateralmente por parte de la compañía como si se materializa mediante pacto entre las partes, es vinculante para ambas y, cualquier modificación, alteración o supresión que se produzca discrecionalmente por parte de la compañía sobre el mismo durante su devengo requerirá el acuerdo previo de éstas. De esta forma, en un bonus plurianual la empresa no podrá, de forma unilateral y usando su poder discrecional, y salvo que surjan causas excepcionales (aplicando la máxima *rebus sic stantibus*), modificar las condiciones fijadas (objetivos, incentivos a lograr, etc.) si no es con el consentimiento del empleado.

En cuanto a su **duración** de los incentivos como requisito fundamental a la hora de desarrollar un plan, cabe distinguir entre los que se fijan a corto, medio y largo plazo. Lo fundamental en este ámbito es que el plazo de devengo de los incentivos estén alineados con los objetivos que la empresa pretende conseguir. De esta forma, y siguiendo las directrices expuestas por la Comisión de las Comunidades Europeas, sería aconsejable realizar una valoración del riesgo existente en la operación

<sup>5</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de fecha 18 de octubre de 2007 (JUR 2007\85207) y Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de abril de 2005.

para determinar el plazo de devengo de los incentivos, una vez que se hubiesen cumplido las expectativas de la compañía.

En relación con los **sistemas de obtención de beneficio**, es claro que el punto de partida es que exista una justificación económica que tenga como fin llegar a unos resultados en cuanto al desarrollo de un determinado producto, mercado o negocio. Para ello deben existir unos objetivos tangibles y medibles que deben estar perfectamente identificados en el plan. Estos objetivos deberían individualizarse y, así, cada uno de los empleados participantes en el plan podrá tener información suficiente sobre qué tiene que hacer y lo que puede conseguir si logra llegar a los objetivos. Por ello, los objetivos deberán ser claros, sencillos y alcanzables, debiendo ser comunicados al empleado por escrito.

A estos efectos, en el caso de sistemas de retribución de incentivos tales como bonus, es conveniente aportar al empleado, al inicio del periodo de devengo del mismo, un documento en el que figuren los objetivos definidos, los baremos de consecución del mismo, cómo se va a calcular el incentivo y cuándo se le va a abonar el mismo, sabiendo que, en muchas ocasiones, la fecha de finalización del periodo de devengo puede no coincidir con el momento de abono del mismo. En este sentido, a la hora de fijar los objetivos, éstos pueden combinarse y, así, en el caso de abono de un bonus, se puede establecer que el empleado tendrá derecho a la percepción del mismo si cumple una serie de objetivos personales (por ejemplo, ventas locales), otros de departamento (por ejemplo, ventas de un producto), otro por compañía (obtener un umbral de beneficios) y otro discrecional en función de una evaluación que se le realice. Al mismo tiempo, en cuanto a la cuantía a percibir, se pueden establecer diferentes porcentajes en función del grado de cumplimiento de objetivos. Lo que es fundamental en cualquier caso es fijar al principio del periodo de devengo los objetivos para evitar discrepancias entre empresas y trabajadores.

Por su parte, en cuanto a los sistemas de participación en el capital de la empresa, se recomienda aportar al empleado un documento en el que aparezca estipulado el vehículo de participación que se le concede, el precio del mismo y las fechas de ejercicio (si fuesen aplicables).

En cualquier caso, e independientemente del sistema elegido, la participación del empleado en el plan implicará que éste forma parte de sus condiciones laborales a efectos salariales.

Finalmente, y para evitar alargar demasiado esta exposición, cabría hacer una remisión a los **supuestos de extinción de la relación laboral**. En este apartado, tradicionalmente los planes suelen contener cláusulas que diferenciaban entre las situaciones de *good leaver*, en las que el empleado tendría derecho al abono de su incentivo, y *bad leaver*, en el que no se le debería compensar por este concepto, comprendiendo dentro de la primera acepción aquellas extinciones de relaciones laborales que se producían por circunstancias ajenas a la voluntad o a la conducta del trabajador, tales como la jubilación, la muerte, la incapacidad permanente, la extinción del contrato por causas objetivas y el despido disciplinario reconocido improcedente por un tribunal o por la propia compañía <sup>6</sup>. Por su

<sup>6</sup> En el supuesto de opciones sobre acciones cabe reseñar a este respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de diciembre de 2008 (AS 2009\818), en donde se dispone que «la jurisprudencia citada anteriormente es clara y establece de forma expresa que el despido improcedente ha de equiparar esa situación a aquellas otras previstas en las estipulaciones pactadas en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y, en menor medida, la jubilación, se permite al titular o sus herederos ejercitar el derecho.

parte, se consideran supuestos de *bad leaver* los casos de dimisión del trabajador o de despido disciplinario procedentes.

Esta clasificación ha dado lugar a situaciones en las que, estando formalmente el individuo en supuestos de *good leaver* y por tanto teniendo derecho a percibir la remuneración, sin embargo, la realidad era que se trataba de casos de *bad leaver*. Así, a título de ejemplo, y al objeto de esclarecer las situaciones descritas anteriormente, podemos observar el caso de un empleado al que se pretende despedir por bajo rendimiento o por alguna conducta culpable y que, en ausencia de pruebas concluyentes, y al objeto de evitar un procedimiento judicial, la empresa decide reconocer la improcedencia del despido. En este supuesto, el empleado sería considerado *good leaver* y tendría derecho a obtener la remuneración, cuando, al mismo tiempo, podría haber causado daños a la empresa como consecuencia de su actitud o actividad desarrollada. Por eso, a la hora de clasificar los supuestos extintivos, se debería realizar una redacción pormenorizada de cada una de las situaciones para evitar que se produzcan supuestos como el indicado anteriormente.

Otra circunstancia que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar qué ocurre en las situaciones de extinción, además de los efectos indemnizatorios que conllevaría la percepción de un salario variable, es la posibilidad de que, una vez extinguido el contrato, el empleado tenga derecho a percibir los salarios devengados pero no percibidos, tanto por expiración de un plan de incentivos a corto o medio plazo como de un sistema de participación en los beneficios de la empresa. Estas dos situaciones se abordarán más adelante.

## **5. IMPLICACIONES LABORALES RELATIVAS AL ABONO DE LAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL DE LA EMPRESA O DE BONUS A CORTO, MEDIO O LARGO PLAZO**

### **5.1. Introducción**

Realizando un recorrido por la jurisprudencia existente, se podría decir que existen tres implicaciones laborales fundamentales relacionadas con la percepción por parte del empleado de salario variable derivado de los sistemas de participación en el capital de la empresa o de bonus a corto, medio o largo plazo, a saber: las reclamaciones de cantidad, las situaciones extintivas y el tratamiento del salario variable a efectos de seguridad social.

Independientemente de si nos encontramos ante un bonus o una fórmula de participación en el capital de la empresa, a efectos laborales existe un factor común que debe tomarse como punto inicial para el tratamiento de los temas que acabamos de reseñar, tal y como es el momento en el que el trabajador percibe en nómina su salario variable. A partir de ese instante inicial, se desplegarán una serie de efectos que conllevarán una serie de consecuencias salariales e indemnizatorias. Dichos efectos y consecuencias se pueden producir, tanto en el transcurso de la relación laboral como en el momento de extinguir la misma o, incluso, con posterioridad. Aunque en este

último supuesto únicamente se tomarán en consideración las implicaciones relativas a reclamaciones de cantidad.

## 5.2. Las reclamaciones de cantidad

El primer aspecto que se debe resaltar es el relativo a las acciones legales en materia de reclamación salarial que pueda instar el empleado, tanto durante su relación laboral como una vez extinguida la misma. En este sentido, el trabajador que no haya recibido el salario variable que le pudiera corresponder como consecuencia de lo dispuesto en los planes de incentivos o de cualesquiera sistemas de participación en el capital de la empresa podrá ejercitar sus derechos ante los juzgados y tribunales de lo social, reclamando las cuantías adeudadas.

Evidentemente, el abono de dicho salario variable está condicionado al cumplimiento de una serie de premisas, tal y como puede ser el cumplimiento de unos objetivos, en el caso de bonus, o del ejercicio de las opciones sobre acciones; sin embargo, existe la posibilidad de que, en determinados supuestos de extinción de la relación laboral, el empleado pueda ejercer sus derechos, una vez terminada la misma, sin que se cumpla un requisito fundamental, tal y como es la permanencia en la empresa.

Es preciso hacer referencia a que el plazo para ejercitar las acciones de reclamación de cantidad por el empleado caduca al año desde el día en que la acción pudo ejercitarse <sup>7</sup>.

En los siguientes apartados expondremos las situaciones que pudiesen generarse en materia de reclamaciones de cantidad durante o tras la extinción de contrato, centrandó nuestra atención en los supuestos de opciones sobre acciones y de bonus al ser, en nuestra consideración, dos de los sistemas de retribución más utilizados por las compañías.

### *a) Las reclamaciones de cantidad en los sistemas de participación en el capital de la empresa: las opciones sobre acciones.*

Dentro de las posibles reclamaciones de cantidad que el empleado pueda ejercitar como consecuencia de las fórmulas de participación en el capital de la empresa, habría que distinguir dos situaciones fundamentales, a saber: las reclamaciones durante su prestación laboral de servicios con la compañía y una vez extinguida dicha relación. Asimismo, convendría diferenciar entre aquellas reclamaciones en las que el empleado solicita seguir ostentando los títulos (por ejemplo, opciones sobre acciones, acciones fantasma, acciones, etc.) de aquellas en que lo que pretenda es que se le permita

<sup>7</sup> Así lo dispone el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores y, en el supuesto de opciones sobre acciones, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 24 de marzo de 2006 (AS 2006, 1413), al disponer: «el plazo de un año a contar desde la terminación del contrato está fijado por el artículo 59.1 del ET (RCL 1995, 997) en relación con aquellas acciones que no tengan señalado un plazo especial, como es el establecido en relación con el ejercicio del derecho de opción controvertido, para cuya ejecución se fijó un plazo que no había concluido en la fecha, que el actor interpuso la demanda rectora del presente proceso, por lo que la prescripción alegada no puede ser acogida, pues no cabe entender que un derecho pueda extinguirse por prescripción antes de que haya transcurrido el plazo en que puede ser ejercitado».

obtener la cantidad en metálico correspondiente a la venta de dichos títulos. Teniendo en cuenta todos estos escenarios, cabe realizar las siguientes precisiones:

i. Acciones durante la relación laboral

En cuanto a la primera de las situaciones que pueden generarse, es decir, aquellas en las que el empleado reclama la ostentación de los títulos concedidos por las empresas, consideramos que no contiene demasiada problemática, ya que el trabajador, desde el momento en el que le son concedidos o le son prometidos los títulos de acuerdo con el plan (acciones, opciones sobre acciones, etc.), tiene la posesión de los mismos y, pese a que muchos de ellos puedan considerarse salario en especie, en realidad, y salvo que la empresa le prive de los mismos, en cuyo caso podría ejercitar una reclamación de derechos, las demandas de cantidad no parece que tengan sentido.

Diferente es el caso en el que, pudiendo convertir los títulos en salario en metálico, es decir, en dinero, la empresa, por cualquier motivo, decide no cumplir con lo pactado en el plan de concesión de las fórmulas de participación otorgadas en la empresa. Sin embargo, y a raíz de la jurisprudencia existente, estimamos que este supuesto no es muy frecuente.

ii. Acciones tras la extinción de la relación laboral

Al contrario que las anteriores, este tipo de reclamaciones sí que ha tenido gran repercusión jurisprudencial. Nuevamente se nos pueden plantear las dos situaciones anteriormente referidas: bien que el empleado ya haya percibido su ganancia como consecuencia de la venta de sus títulos valor, bien que el trabajador aún no haya realizado esta conversión, tanto si es porque el periodo de maduración no ha terminado, como si es porque no ha ejercitado la acción correspondiente para obtener su ganancia en metálico.

La jurisprudencia ha reconocido <sup>8</sup> que en caso de que se produzca una extinción unilateral del contrato de trabajo sin causa justificada por parte de la compañía, el empleado estará facultado para ejercitar las opciones sobre acciones, hayan o no madurado. Si esto lo extrapolamos a otros supuestos, podríamos señalar que el trabajador al que le han concedido acciones u otros sistemas de remuneración de participación en el capital de la empresa podrá materializar en salario dichos títulos, aun no habiendo agotado el plazo de permanencia que disponga el plan, siempre que haya sido despedido y éste fuese declarado improcedente o nulo mediante sentencia del orden de lo social.

De esta forma, y acudiendo a lo dispuesto en los planes de concesión de sistemas de participación en el capital de las empresas, nos podríamos encontrar con que las cláusulas de los planes regulatorios de los mismos que tratan las situaciones extintivas podrían ser nulas. Así lo ha declarado la jurisprudencia al disponer que serán nulas las cláusulas de un plan de opciones sobre acciones que pudieran restringir los derechos de opción de los trabajadores en caso de despido injustificado <sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 15 de julio de 2009 (RJ 2009\6104).

<sup>9</sup> Véase nota anterior.

En este sentido, un trabajador ostentará los mismos derechos que un accionista de la sociedad y no podrá ser privado de sus derechos cuando su despido sea declarado improcedente.

La jurisprudencia no se ha decantado sobre la consideración de si un empleado podrá preservar su derecho a ejercitar las opciones si el despido se ha declarado procedente por la jurisdicción social. En este contexto, se pueden originar dos posibles situaciones:

- A. El juez o tribunal podrán determinar que, como la causa de la extinción del contrato del trabajador se basa en la desobediencia y conducta culpable del empleado, no será aplicable la obligación de permanencia inherente a la finalidad del plan de opciones sobre acciones. En consecuencia, el empleado no ostentará ningún derecho a ejercitar opciones no maduras o aquellas que hayan madurado pero no hayan sido ejercitadas.
- B. El juez o tribunal también podrá declarar que, con independencia de que el despido sea declarado procedente o improcedente, el empleado no podrá ser privado de su retribución salarial (las opciones sobre acciones, acciones y otros mecanismos de participación en el capital de la empresa son salario) y que la conducta culpable del trabajador ya ha sido sancionada con el despido en sí mismo.

*b) En los bonus a medio, corto o largo plazo*

Como punto de partida cabe señalar que el empleado al que se le otorga el derecho a percibir un salario variable tendrá derecho a la percepción del mismo, una vez transcurrido el plazo de devengo, y siempre que cumpla con los objetivos propuestos. En este sentido, se puede decir que el derecho al salario variable no se devenga automáticamente, sino que deben acreditarse aquellos presupuestos fácticos para su percepción, siendo potestad de la empresa su determinación y otorgamiento, por lo que obviamente no bastará con que el trabajador lo haya percibido en ocasiones anteriores para presumir que tiene derecho a ello indefinidamente, sino que deberá acreditarse que concurren los requisitos para lucrar tal percepción.

De esta manera, la situación es clara, el trabajador podrá tener derecho a percibir su salario variable en función del cumplimiento de sus objetivos. Sin embargo, y aunque dicha máxima pudiese considerarse de forma categórica, existen diversos supuestos que han sido objeto de conflicto y que pasaremos a explicar a continuación.

Uno de los supuestos que pudiesen concurrir es: ¿qué ocurre si la empresa no le ha fijado los objetivos?, ¿tendría derecho a abonar un bonus al empleado? A este respecto, existen sentencias <sup>10</sup> en las que se dispone que si la empresa no ha fijado los objetivos al empleado, éste tendrá derecho a la percepción de su salario variable, incluso si hubiese dimitido de la compañía. Así, en el caso de que se pacte en un contrato laboral que un empleado tiene derecho a un salario variable anual del 20% sobre el fijo, en el caso de que no se le indiquen anualmente sus objetivos, se considerará que

<sup>10</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de fecha de 29 de junio de 2009 (JUR 2009\342831).

tiene derecho a obtener el 100% de dicho salario. A esta misma conclusión llegó el Tribunal Supremo <sup>11</sup> en un supuesto en el que la empresa se comprometía a fijarle a la empleada los objetivos y nunca lo hizo, por lo que, siendo responsable la compañía de llevar a cabo dicha obligación contractual, la trabajadora tendría derecho a percibir el bonus pactado.

Sin embargo, y teniendo en cuenta el caso anterior <sup>12</sup>, podría plantearse la paradoja de que el empleado causase baja por despido al inicio del periodo de devengo del incentivo y, en este caso, nos deberíamos preguntar si tendría derecho a percibir el 100% del mismo o sólo la parte proporcional al tiempo trabajado en función del periodo de devengo del mismo y del cumplimiento parcial de los objetivos. Pues bien, en este supuesto de hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid concluyó que, como la empresa en los años anteriores nunca le había fijado los objetivos para la obtención del bonus, era previsible que ese año tampoco lo hiciera y que, por tanto, el empleado tenía derecho a que se le abonara el 100% del mismo. Por tanto, a la conclusión que debemos llegar es que, en cualquier tipo de retribución variable por objetivos, éstos deben de fijarse y comunicarse (preferiblemente por escrito) al empleado al inicio del periodo de devengo.

La situación no sería la misma si lo que se produjese fuese una dimisión o excedencia voluntaria del empleado ya que, en este caso, y siempre que exista pacto expreso al respecto, el empleado no tendría derecho a percibir el bonus <sup>13</sup> al considerar que había incumplido voluntariamente el compromiso de permanencia establecido para poder tener derecho a dicho bonus.

Otro de los supuestos que se podrían plantear en el marco de una reclamación de cantidad, y relacionado con el supuesto anterior es si, en caso de que se produzca un despido y éste sea reconocido por la empresa o declarado por un tribunal como improcedente, ¿tiene el empleado derecho a percibir el bonus aunque sea por la parte proporcional del periodo de devengo del mismo? De conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid <sup>14</sup>, la respuesta sería positiva puesto que, al ser declarado el despido improcedente durante el transcurso del periodo de devengo del bonus, se le está privando de forma ilícita y unilateral al trabajador de su derecho a llegar a los objetivos propuestos por la empresa al no poder cumplir con el requisito de permanencia en la empresa. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla <sup>15</sup>, en el que, en un supuesto de percepción de *rappels* o comisiones variables anuales en función de los cobros efectivamente realizados, se declaró que «cuando el devengo salarial se hace depender de la permanencia del trabajador en la empresa, su percepción antes del plazo pactado hay que relacionarla con la causa de extinción del contrato de trabajo, no teniendo derecho a la misma cuando el trabajador cese voluntariamente en la empresa, conservando el derecho al complemento reclamado cuando la extinción del contrato de trabajo se produzca por la voluntad unilateral del empresario a través de un despido, en cuyo caso, al no ser la extinción anticipada del contrato de

<sup>11</sup> Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 2007 (RJ 2008\1004) y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de fecha 29 de junio de 2009 (JUR 2009\342831).

<sup>12</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 29 de junio de 2009 (JUR 2009\342831).

<sup>13</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 13 de octubre de 2004 (JUR 314121).

<sup>14</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de fecha 7 de mayo de 2007 (JUR 2007\338556).

<sup>15</sup> Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de fecha de 18 de julio de 2001 (JUR 2001\68497).

trabajo imputable al trabajador, procede reconocerle el derecho a devengar la parte proporcional del complemento, en concepto de *rappel*».

Pero, ¿y si el despido fuese procedente o se tratara de otra causa de extinción tal y como pudiese ser una dimisión?, ¿tendría el empleado derecho a percibir el bonus? Partiendo del hecho de que lo primero que habría que revisar es si el empleado ha logrado total o parcialmente sus objetivos, en este supuesto podría entenderse que, a no ser que la causa de la extinción (despido procedente) estuviera directamente relacionada con la percepción del bonus (por ejemplo, alterar la contabilidad para cumplir los objetivos), el empleado tendría derecho a percibir el mismo, ya que no se debe ligar este hecho con aquellos relativos a la extinción. Sin embargo, existe también jurisprudencia que indica que si la extinción se produce por causas imputables al empleado, tal y como pudiese ser un despido procedente, éste no tendrá derecho a la percepción del bonus <sup>16</sup>.

Finalmente cabe plantear la posibilidad de que el empleado pueda reclamar el abono del bonus y que la empresa le comunique que, dado que por el momento se desconoce el grado de consecución de los objetivos (imaginemos en el supuesto que la percepción del salario variable dependiera, entre otros conceptos, de los beneficios empresariales anuales después de impuestos), tendrá derecho a la percepción de la cantidad resultante cuando se realicen los cálculos pertinentes. En este escenario, lo fundamental es realizar las acciones legales oportunas en el plazo legal de un año establecido para evitar que prescriban el derecho de reclamación.

### 5.3. Las situaciones extintivas

#### *a) En los sistemas de participación en el capital de la empresa: las opciones sobre acciones*

Como se ha descrito anteriormente, el pacto para el ejercicio de las opciones sobre acciones o el resto de los incentivos a largo plazo puede versar sobre una facultad de opción de compra supeditada al cumplimiento de requisitos o en firme. Ahora bien, lo habitual es que el ejercicio se supedita a la subsistencia de la relación laboral o, lo que es lo mismo, a la exigencia de la permanencia del trabajador en la empresa durante un periodo mínimo.

Por tanto, una vez extinguida la relación laboral (o una vez cumplidos los requisitos del plan de *Stock Options*) el trabajador puede requerir a la empresa para que compre las acciones al precio pactado, ya que adquiere la titularidad de un derecho patrimonial susceptible de valoración económica <sup>17</sup>.

En caso de negativa de la empresa, como hemos visto, el trabajador todavía podrá hacer valer su derecho por la vía de la reclamación de la cantidad ante la jurisdicción social.

<sup>16</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de septiembre de 2007 (AS 2007\2941) y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 13 de octubre de 2004 (JUR 2004\314121).

<sup>17</sup> Tribunal Supremo, en Sentencias de fechas 24 octubre 2001 (RJ 2002\2363) y de 4 de febrero de 2002 (R. C.U.D. 642\2001).

Transmitidas las acciones, aparte de generar una fuente de rentas nuevas para el empleado, tales como los dividendos, tiene un incremento patrimonial valorable económicamente. Por este motivo, tal beneficio puede ser considerado salario <sup>18</sup>.

Es a partir de ese momento cuando surgen las implicaciones en materia extintiva ya que, desde el momento en que el empleado recibe la ganancia (salario), dicho montante debe computarse dentro de la masa salarial a efectos indemnizatorios, siempre y cuando se den una serie de premisas básicas que, a lo largo de los años, la jurisprudencia ha ido perfilando.

De esta forma, y como premisa básica, para que se devengue salario a efectos indemnizatorios es necesario que las opciones hayan madurado y que se haya obtenido una ganancia derivada de su ejercicio en los últimos 12 meses anteriores al despido <sup>19</sup>.

Dicha ganancia derivada del ejercicio de las opciones sobre acciones es la diferencia entre el precio de la opción en el momento de la concesión y el precio de la opción en el momento de su ejercicio. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo <sup>20</sup> estableciendo que «la utilidad patrimonial que obtiene el beneficiario de la opción está así constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio pactado». Sin embargo, existen varios criterios de cálculo relativos a la inclusión de la ganancia derivada de las opciones sobre acciones en el salario regulador de la indemnización por despido que no están amparadas en la fórmula del cálculo de la ganancia teniendo en cuenta la diferencia entre el precio de concesión y el precio de la opción sobre acción a la fecha de ejercicio de la misma <sup>21</sup>.

Así, y pese a que han existido distintas líneas interpretativas en relación con este tema, en la actualidad, a medida que la jurisprudencia ha ido evolucionando se ha consolidado la siguiente forma de cómputo de las ganancias obtenidas de la venta de las opciones sobre acciones dentro de las indemnizaciones por despido:

#### i. La fecha de maduración y ejercicio

La línea jurisprudencial consolidada entiende que sólo se computarán a efectos indemnizatorios las opciones sobre acciones que hayan madurado dentro del año anterior al despido y que hayan sido ejercitadas dentro de ese mismo periodo.

Deben coincidir, por tanto, dentro del año anterior al despido la maduración y el ejercicio de las acciones. De lo contrario no sería posible su inclusión a efectos indemnizatorios.

<sup>18</sup> Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 24 de octubre de 2001 (RJ 2362\02 y RJ 2363\02), 4 de febrero de 2002 (RJ 3276) y 26 de enero de 2006 (RJ 2227).

<sup>19</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de fecha 22 de febrero de 2001 (rec. 4759\00); Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de fecha 15 de mayo de 2006 (rec. 1466\06) y Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en Sentencia de 20 de marzo de 2009 (AS 2009\2052).

<sup>20</sup> Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 1 de octubre de 2002 (rec. 1309\2001) y de 26 de enero de 2006 (RJ 2006, 2227).

<sup>21</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencias de fecha 28 de junio y 1 de septiembre de 2005 (Recursos de suplicación núm. 595\2005 y 5568\2004).

Así pues, se elimina la posibilidad de que se compute a efectos indemnizatorios la ganancia obtenida por el ejercicio de opciones sobre acciones que, habiéndose ejercitado dentro del año inmediatamente anterior al despido, hayan madurado más allá de 12 meses anteriores al despido.

## ii. Inclusión de la ganancia obtenida en la masa salarial a efectos indemnizatorios

Tal y como hemos anunciado anteriormente, la ganancia que ha de tenerse en cuenta es la diferencia entre el valor de las opciones sobre acciones en la fecha en que el trabajador estaba legitimado para ejercitar las opciones según el plan (no la fecha en la que efectivamente se ejercitaron las mismas) y el valor de mercado de las acciones en la fecha de concesión de las mismas <sup>22</sup>.

En este sentido, y tal y como se establece en diferentes sentencias, el montante obtenido en la fecha efectiva de ejercicio respecto del precio de las opciones a la fecha de maduración se considera ganancia mercantil.

El fundamento legal de esta interpretación jurisprudencial es la consideración de que las opciones sobre acciones retribuyen la permanencia del empleador o el trabajo realizado por el empleado durante el periodo de carencia o maduración.

## iii. El prorrateo por el periodo de maduración de las opciones

Esta fórmula de cálculo fue establecida por nuestro Tribunal Supremo sobre la base de que, si las opciones sobre acciones retribuirían la permanencia del empleado en la empresa, lo justo era que, en el momento en que era despedido y siempre que hubiese ejercitado las acciones y el periodo de maduración de las mismas estuviese comprendido en los 12 meses anteriores a su despido, debería computarse dicha ganancia a efectos indemnizatorios, pero prorrateados por el periodo de permanencia (fecha de concesión menos fecha de maduración), puesto que dicha ganancia se ha devengado en ese lapso de tiempo <sup>23</sup>.

De esta forma, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid <sup>24</sup>, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña <sup>25</sup> y el Tribunal Supremo <sup>26</sup> disponen que hay que tener en cuenta el número de años que dichas opciones han retribuido, es decir, desde la fecha de concesión hasta el momento de consolidación de las mismas.

<sup>22</sup> Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de junio de 2008 (RJ 2008\3300).

<sup>23</sup> Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2008 (RJ 2008, 3300), recurso 2532\2006 y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 14 de mayo de 2009 (AS 2009\2158).

<sup>24</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de fecha 22 de febrero de 2001, 2 de octubre de 2001 y 20 de diciembre de 2001 (Recursos de suplicación núm. 4759\2000, 1461\2001 y 3839\2005, respectivamente).

<sup>25</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de fecha 15 de mayo de 2006 (rec. 1466\2006).

<sup>26</sup> Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 1 de octubre de 2002 y 3 de junio de 2008 (rec. 1309\2001 y recurso en unificación de doctrina 2532\2006).

Por lo tanto, se toma la ganancia total obtenida en los 12 meses anteriores al despido y se divide entre el número de meses o años que han transcurrido desde la fecha de concesión y la fecha de maduración. De esta manera se obtiene la ganancia mensual obtenida por el ejercicio de la opción.

Finalmente, se divide la ganancia mensual por el número de meses del periodo de maduración que se encuentran incluidos en los 12 meses anteriores al despido<sup>27</sup>. El resultado sería la ganancia de opciones sobre acciones a computar en el salario a efectos indemnizatorios.

*b) En los bonus a medio, corto o largo plazo*

En el momento en el que se produce una extinción que dé lugar a una indemnización, la percepción de un bonus en los 12 últimos meses anteriores a la fecha de salida del empleado puede dar lugar a la inclusión de la ganancia percibida dentro del cálculo del salario módulo a efectos indemnizatorios.

Así pues, para que dicho cómputo se produzca, deben producirse dos hechos: i) que el empleado haya percibido una ganancia como consecuencia del cumplimiento de los objetivos que entraña el bonus; y, ii) que esa ganancia haya sido percibida en los 12 últimos meses anteriores a la fecha de la extinción.

En el supuesto de que coexistan los requisitos anteriormente señalados, el empleado tendrá derecho a que se le impute, dentro del cálculo de la masa salarial a efectos indemnizatorios, el montante percibido en concepto de bonus, salvo que se trate de un bonus concedido de forma extraordinaria y desvinculado de cualquier otro pacto remuneratorio<sup>28</sup>. Sin embargo, cabe preguntarse qué importe debería incluirse dentro de dicho cómputo. En este sentido, se podría hacer la distinción entre planes de bonus anuales y plurianuales, es decir, a corto y a medio o largo plazo.

Así, si nos encontráramos ante el abono de un bonus anual, no cabe duda de que la cantidad que habría que computar a efectos indemnizatorios sería la totalidad del bonus percibido y, como se indica en diversos pronunciamientos judiciales<sup>29</sup>, si no se hubiesen fijado los objetivos, el cálculo se realizaría teniendo en cuenta el último percibido prorrateado por los meses de devengo del bonus a que tuviera derecho en el momento de su extinción. Sin embargo, en el momento en el que se trate de un bonus plurianual podrían existir ciertas dudas sobre la cantidad que sería objeto de cómputo dentro del módulo indemnizatorio porque: por una parte, se podría incluir la totalidad de lo percibido ya que, como ha indicado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, la indemnización debe calcularse con el último salario fijo percibido y el variable que le haya sido abonado al empleado en los 12 últimos meses; sin embargo, por otra parte, se podría defender, siguiendo la doctrina del prorrateo que ha

<sup>27</sup> Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 1 de octubre de 2002 y 3 de junio de 2008 (rec. 1309\2001 y recurso en unificación de doctrina 2532\2006).

<sup>28</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 11 de marzo de 2003 (AS 2003\3021).

<sup>29</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de fecha 27 de mayo de 2005 (AS 2005\1113) y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 23 de mayo de 2005 (AS 2005\2373).

empleado el Tribunal Supremo en los supuestos de *Stock Options* que, como la ganancia obtenida se ha generado en varios años, se debería prorratear dicha cantidad entre los años de devengo, fórmula que, a nuestro entender, parece más acorde con la última jurisprudencia existente.

Evidentemente el riesgo que existe en estos supuestos es que, si no se incluye el bonus y el tribunal entiende que es por desidia de la empresa, además de que se debería haber hecho, comenzarían a computarse los salarios de tramitación<sup>30</sup>. Sin embargo, si lo que concurre es que se hubiese incluido la parte porcentual del bonus y se alegara en un juicio que se han seguido los criterios de devengo del Tribunal Supremo para supuestos de opciones sobre acciones, el juzgador, en caso de que inadmitiera dicha forma de cálculo, podría entender que se trata de un error excusable en el cálculo de la indemnización y que, como consecuencia de ello, no debería estimarse la existencia de salarios de tramitación<sup>31</sup>.

#### 5.4. Implicaciones en materia de Seguridad Social

Tal y como hemos señalado anteriormente, tanto los sistemas de retribución de participación de los empleados en el capital de la empresa como los bonus son salario desde el momento en el que se hace efectiva la ganancia. Así pues, siendo considerados como tales, deben cotizar a la Seguridad Social de conformidad con las reglas comunes.

Esta circunstancia no tiene ninguna repercusión en aquellos empleados para los que su base de cotización es superior a la establecida legalmente, que son los habitualmente llamados trabajadores «topados». Sin embargo, sí que afecta a aquellos que se encuentran por debajo de dichos umbrales ya que, en un determinado mes, en el momento en el que reciban ese salario variable procedente del percibo del bonus o de cualesquiera sistemas de participación en el capital de la empresa, su base de cotización aumentará y, probablemente, excederá de los límites máximos fijados por la ley.

Estando en este supuesto, pueden concurrir dos casos: i) que la cuantía recibida por el empleado llegue hasta el límite máximo legal de cotización mensual, en cuyo caso, en ese mes se realizarán las contribuciones pertinentes; y ii) que las cuantías percibidas por el empleado excedan con creces la base máxima de cotización, en cuyo caso se debe prorratear el exceso mensual en los meses anteriores hasta el límite máximo legal.

<sup>30</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 28 de marzo de 2007 (AS 2007\1659).

<sup>31</sup> De conformidad con las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 (RJ 2000\4795), de 19 de junio de 2003 (R7 2004\5408) y las más recientes de 26 de enero de 2006 (RJ 2006\2227), así como la del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 20 de marzo de 2009 (AS 2009\2052), «en la aplicación del artículo 56.2 ET debe distinguirse entre la consignación insuficiente por error excusable y la consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables, distinción que tiene la consecuencia de que en el primer caso el efecto exoneratorio o interruptivo de la consignación no se malogra, mientras que en el segundo sí, añadiendo que los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro, y habrán de ser ponderados en cada caso, señalando entre los indicios de error excusable la "dificultad jurídica" de la liquidación de la indemnización básica de despido practicada. Dificultad jurídica que estima se produce en casos como el presente, esto es, cuando el estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acción suscritas no es sencillo».

Asimismo, hay que tener en cuenta, en lo que concierne a los sistemas retributivos de participación en el capital de las empresas que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa fiscal <sup>32</sup>, existe un límite de 12.000 euros a partir del cual deben cotizar las ganancias obtenidas como consecuencia del ejercicio de lo dispuesto en dichos sistemas de retribución.

## 6. BREVE RESEÑA A LOS PACTOS DE PERMANENCIA

Finalmente, y dado que en este artículo se ha estado realizando una constante mención a la necesidad de lograr la permanencia de los empleados una vez que se ha producido la operación de fusión o adquisición, queda hacer una breve mención a los pactos de permanencia.

Dichos pactos, regulados en el artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores, representan la obligación del empleado de realizar una prestación de servicios continuada durante un determinado periodo de tiempo. Sin embargo, dicho pacto, para ser válido tiene que cumplir una serie de requisitos, tales como: i) que se trate de un pacto entre empresa y empleado que se formalice por escrito, tanto al inicio de la relación laboral como a lo largo de la misma; ii) que su duración no sea superior a dos años; iii) que su finalidad venga encaminada a realizar ciertos trabajos específicos o proyectos; y iv) que el empleado reciba una especialización profesional, la cual no puede traducirse en una mera formación genérica, sino que tiene que aportar al empleado un plus de calificación que le diferencie del resto de su misma categoría profesional de otras empresas o incluso de la misma. Es decir, debe darse una verdadera especialización que, de cara al futuro, aumente sus posibilidades de contratación.

De esta forma, y siempre que se cumplan los requisitos anteriormente resaltados, se podrá lograr la permanencia del empleado en la empresa sabiendo que, en caso de incumplimiento de dicho pacto, el empleado deberá abonar a la empresa una indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia del esfuerzo realizado por la empresa. Así, en el caso de que la especialización haya consistido en que el empleado realice un curso específico, la indemnización podría ser el abono del importe del curso.

Evidentemente, el problema que se plantea sobre la validez de los pactos de permanencia radica en el concepto de «especialización», ya que en la mayoría de los casos es difícil determinar si la formación que recibe el empleado tiene una consideración tal como para que pueda considerarse suficiente.

Esta problemática es aún más acuciante en el supuesto de los directivos o altos directivos y trabajadores «clave» de las empresas, puesto que es difícil que, teniendo en cuenta la experiencia que suelen tener estos individuos en un sector determinado, pueda la empresa formarles de forma tan especializada como para lograr la validez del pacto de permanencia. Al mismo tiempo, y en la situación que venimos describiendo de compra o fusión de una sociedad por una entidad de capital riesgo, si anteriormente hemos indicado que uno de los motivos de buscar la permanencia de los empleados «clave» es su conocimiento del sector, resulta sorprendente que se les quiera otorgar una formación

<sup>32</sup> Artículo 42.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas, sobre sociedades, sobre renta de no residentes y sobre el patrimonio.

especializada cuando ya la deberían tener. En cualquier caso, y tal y como sucede comúnmente, habrá que estar al supuesto de hecho concreto y analizar la situación, conjuntamente con la naturaleza y especialidad de la formación que se les va a dar a los empleados para así poder evaluar la licitud de un pacto de permanencia.

## 7. CONCLUSIONES

En este apartado realizaremos una recapitulación de los aspectos más importantes a los que hemos venido haciendo alusión en el presente artículo. De esta manera, y siguiendo un esquema lógico en cuanto a la forma de poner en funcionamiento un sistema de retribución variable en una empresa, consideramos que los pasos generales que habría que dar serían los siguientes:

### 7.1. Aspectos preliminares

A la hora de poner en funcionamiento un plan de incentivos variable, se deberían examinar previamente diversos aspectos objetivos, subjetivos y temporales tales como:

#### *a) El motivo de concesión del mismo*

Al objeto de evitar problemas sobre el motivo de creación de la retribución variable, sería recomendable incluir en el plan que desarrolle dicho sistema de remuneración que el objeto del mismo es estimular la permanencia de los empleados en la empresa, su fidelización o su mayor involucración en los resultados que conducen a una mejora de la actividad productiva de la compañía.

En el caso de que el objetivo principal sea la permanencia del empleado en la empresa, podría pensarse en suscribir con el empleado un pacto de este tipo en lugar de crear una fórmula de retribución variable. Evidentemente, la ventaja empresarial es que estos pactos no están directamente retribuidos. Por tanto, la empresa sólo deberá proporcionar al empleado una formación específica; sin embargo, se debe tener en cuenta que para que éste sea válido deberá estar limitado en el tiempo (máximo dos años) y que el empleado deberá recibir una auténtica formación profesional, lo que puede hacer que, en muchos casos, sean ineficaces.

#### *b) El factor temporal*

En todo plan de incentivos o de remuneración variable se debería premiar a los empleados en función de la evaluación del riesgo de la operación llevada a cabo o de los resultados obtenidos una vez que éstos sean definitivos. Para ello, el factor temporal que delimite el periodo de generación del incentivo o remuneración será fundamental para que elementos tales como el riesgo financiero que

podiese existir, los costes de capital que pudiesen generarse o el estado de liquidez de la compañía sea evaluado con anterioridad al abono de la retribución variable.

### *c) El tipo de incentivo*

Derivado del componente de evaluación del riesgo y de los motivos de concesión de la fórmula retributiva variable, debe establecerse el tipo de incentivo que se le va a ofrecer a los empleados, pudiendo optar, en función de los objetivos o justificaciones económicas de resultado que pretenden conseguir las compañías, entre alguno de los tipos de remuneraciones que hemos señalado en este artículo.

### *d) Los participantes*

Al mismo tiempo, el determinar el colectivo de empleados a los que se les va a ofrecer esta fórmula retributiva, en virtud de los anteriores factores señalados, será otro de los elementos clave a la hora de establecer un plan de remuneración variable. A este respecto, cabe resaltar nuevamente la necesidad de evitar fórmulas discriminatorias.

## **7.2. La redacción del plan de remuneración**

Tras haber determinado los ámbitos objetivos, subjetivos y temporales que se pretenden aplicar al plan de incentivos, se recomienda la redacción del plan de instrumentalización de la fórmula de retribución variable, la cual podría incluir determinadas cláusulas, tales como:

- a) Establecer que el plan es una concesión graciosa y no consolidable, irrepetible y voluntaria por parte del empresario.
- b) Determinar los escenarios posibles en supuestos de extinción de la relación laboral, realizando una redacción pormenorizada de los diferentes casos que pudiesen concurrir.

## **7.3. La adscripción del empleado**

Una vez elaborado el plan debe pasarse a la fase de adscripción de los empleados al mismo, la cual debería realizarse mediante pacto escrito suscrito entre empresa y trabajador. Es a partir de este momento en el que las obligaciones comienzan a tener un carácter bilateral a todos los efectos. Por ello, en el documento que se les entregue a los empleados constitutivo del objeto de ese acuerdo de concesión del bonus, deben figurar todas las condiciones objetivas y temporales para tener derecho a percibir la retribución variable que la empresa le otorga, al margen de que, acompañando a dicho pacto, se le entregue el plan con las condiciones generales de dicha remuneración.

#### 7.4. Los efectos laborales del plan en caso de controversia

Desde el momento en que se le concede al empleado la participación en un sistema de retribución variable es cuando pueden surgir los conflictos entre las partes, los cuales, de forma sumaria, podrían ser: reclamaciones de cantidad, extintivas o en materia de Seguridad Social.

- a) En materia de **reclamación de cantidad**, se debe distinguir si dicha acción judicial se inicia con anterioridad a la extinción de la relación laboral o no, teniendo en cuenta que, en el primer caso, y para el supuesto de bonus, es fundamental determinar si al empleado se le han fijado los objetivos y los ha cumplido y, en el caso de las opciones sobre acciones, comprobar si estos títulos han sido verdaderamente concedidos, son ejercitables y si existe una ganancia como consecuencia de la venta de las mismas. Si nos encontráramos en el segundo de los supuestos, es decir, en el caso de extinción de la relación laboral, además de examinar los elementos anteriores se debería acudir al modo en que se ha producido dicha extinción para determinar el derecho del empleado a percibir la cantidad objeto de reclamación.
- b) En **situaciones de extinción** de la relación laboral, todo el entramado consiste en saber si el empleado tendría derecho a que se le incluyese, dentro de la masa salarial a efectos indemnizatorios, el salario obtenido como consecuencia de lo dispuesto en el plan de retribución variable. A este respecto, debe partirse de dos elementos fundamentales: el empleado debe haber obtenido una ganancia o un salario variable en los 12 meses anteriores a la fecha de la extinción de su contrato y la cantidad que haya percibido deberá prorratearse por el periodo de devengo de dicha retribución. Una vez examinados estos dos requisitos, se deberán aplicar, en los supuestos de opciones sobre acciones, las reglas jurisprudenciales que determinen qué cantidad se debe considerar como masa salarial a efectos indemnizatorios y, en el caso de los bonus, se deberá analizar la cantidad percibida e imputarla a la masa salarial a efectos indemnizatorios, teniendo en cuenta el criterio del periodo de devengo. Evidentemente, y salvo que exista error excusable, el depósito judicial de un montante indemnizatorio inferior al legal dará lugar al derecho del trabajador a percibir los salarios de tramitación que puedan generarse.
- c) Finalmente, en lo que respecta a las **implicaciones de Seguridad Social**, cabe señalar que, desde el momento que la retribución es salario, debe cotizar de conformidad con las reglas comunes, teniendo en cuenta el límite de 12.000 euros a partir del cual deberán cotizar las ganancias obtenidas como consecuencia del ejercicio de las opciones sobre acciones y la obligación de prorratear dichas ganancias retroactivamente en los boletines de cotización anteriores si la cuantía excede el tope máximo mensual pero en los meses precedentes la base de cotización es inferior a dicho tope.