

# NOVEDADES, VICISITUDES Y CONTROVERSIAS DEL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PACTO DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA

**ALEJANDRA SELMA PENALVA**

*Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social.  
Universidad de Murcia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, don Juan CALVENTE MENÉNDEZ, doña María Milagros CALVO IBARLUCEA, don Jesús MERCADER UGUINA, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don Antonio SEMPERE NAVARRO.

## **Extracto:**

**E**L legislador, a través del artículo 21 ET, introduce en nuestro ordenamiento jurídico una posibilidad lícita de limitar el «derecho al trabajo» que, con carácter general, proclama el artículo 35 CE. De tal forma, los pactos no competencia, plena dedicación o permanencia, nunca podrán suponer una renuncia o disminución injustificada de este derecho constitucional. Teniendo en cuenta este límite, la admisibilidad de los pactos de permanencia en la empresa se hace depender de la concurrencia simultánea de los requisitos que expresamente exige el legislador, interpretados a su vez restrictivamente. Ahora bien, recientemente la jurisprudencia ha admitido que el pacto de permanencia pueda presentar formas hasta ahora desconocidas: el debate lo originan ciertos complementos retributivos de naturaleza variable, reconocidos en el convenio colectivo de empresa y denominados *bonus*, a través de los que se incentiva la productividad individual del trabajador, pero que indirectamente también están obligando al trabajador a permanecer en la empresa durante cierto período de tiempo.

**Palabras clave:** pacto de permanencia, *bonus* y técnicas de fidelización empresarial.

# Sumario

- I. Punto de partida: interpretación ponderada de los artículos 35 CE y 21 ET.
- II. Requisitos expresos e implícitos de validez del «pacto de permanencia».
  1. Límites impuestos por la redacción literal del artículo 21.4 ET.
  2. Exigencias añadidas por la jurisprudencia.
  3. Paradojas en torno a la aplicación del precepto.
  4. La voluntariedad en el desistimiento como condición imprescindible.
  5. Factores que modulan la indemnización por daños y perjuicios.
- III. La fuerza mayor como excepción.
- IV. Innovaciones de la jurisprudencia más reciente en la interpretación y aplicación del artículo 21.4 ET. El *bonus* como modalidad sui generis del pacto de permanencia.
  1. El *bonus* como complemento retributivo por productividad.
  2. El *bonus* como premio a la vinculación del trabajador y su posible inadecuación a la reciente Ley de Igualdad.
- V. El futuro controvertido de otras técnicas de fidelización empresarial.
  1. La verdadera finalidad de las *stock options*.
  2. Medidas de protección social complementaria a cargo de la empresa.
- VI. La aplicación analógica del artículo 21.4 ET como indicio de laboralidad.
- VII. Conclusiones.

## I. PUNTO DE PARTIDA: INTERPRETACIÓN PONDERADA DE LOS ARTÍCULOS 35 CE Y 21 ET

No se discute que el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores (ET) impone una restricción en lo que respecta al pleno ejercicio del «derecho al trabajo» que, con carácter general, proclama el artículo 35 de la Constitución Española (CE). Los pactos que permanencia, plena dedicación o no competencia, de la misma manera, están condicionando, aunque sea indirectamente, el ejercicio del derecho a la libre elección de profesión u oficio, que, íntimamente vinculado al «derecho al trabajo», proclama el mismo artículo 35 CE.

Pero no quedan aquí las interconexiones entre preceptos estatutarios y derechos constitucionales. Implícitamente, el artículo 10.1 CE está calificando la vertiente subjetiva del «derecho al trabajo», como una de las facetas necesarias para llevar a cabo sin restricciones el «libre desarrollo de la personalidad». Además, imponiendo la permanencia en la empresa, se está produciendo una importante limitación del derecho del empleado a extinguir su relación laboral mediante su dimisión [art. 49.1 d) ET]. Y precisamente para impedir que una vinculación demasiado exigente atente gravemente contra el derecho constitucional al trabajo, se exigen diversos requisitos, unos legales y otros jurisprudenciales, para que los pactos de no competencia, permanencia o plena dedicación contemplados en el artículo 21 ET puedan surtir efectos.

Habida cuenta de esta circunstancia, toda restricción legal de la libertad del trabajador para elegir su puesto de trabajo o las condiciones en las que va a desarrollar su prestación profesional de servicios habrá de ser razonable y proporcionada, pues en caso contrario estaría limitando abusivamente y en perjuicio del trabajador dependiente sus derechos constitucionales. Para garantizar una estricta proporcionalidad de cargas, los trabajadores y empresarios que decidan hacer uso de las limitaciones que posibilita el artículo 21 ET deben ajustarse escrupulosamente a las distintas exigencias a las que el citado precepto condiciona la validez de estos pactos. Se impone así el cumplimiento de diversos requisitos conjuntamente, de tal manera que faltando uno de los condicionamientos expresamente exigidos en el artículo 21 ET, el pacto de no competencia, de permanencia o de exclusividad será nulo por no respetar los mínimos legales considerados indisponibles por la voluntad de los contratantes.

Pero no acaban aquí las restricciones que intentan garantizar el pleno ejercicio del artículo 35 CE y del artículo 10.1 CE. Al respecto, la jurisprudencia se muestra tajante, y además de no hacer excepciones en lo que respecta a la exigencia simultánea de los requisitos de validez enumerados en el citado precepto legal, interpreta restrictivamente la redacción literal del artículo 21 ET.

El reconocimiento del derecho constitucional al trabajo inspira sin duda la interpretación del juzgador, de tal manera que toda restricción contractual debe estar escrupulosamente justificada. Se puede concluir que, en estos casos, resurge una peculiar adaptación del principio *pro operario* que intenta salvaguardar los derechos de los trabajadores dependientes de la forma en la que la libertad de profesión u oficio que la constitución reconoce se vea menos afectada. Con todo ello, esta respuesta jurisprudencial no intenta nada más que garantizar el escrupuloso respeto al principio de «irrenunciabilidad de derechos» que en el ámbito laboral proclama el artículo 3.5 ET.

La autonomía de la voluntad, a la hora de determinar los derechos y obligaciones que rigen entre los contratantes, solo podrá matizar o adaptar, temporal y razonablemente, el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales que, como tales constituyen límites irrenunciables sobre los que no cabe admitir restricción convencional o contractual de ninguna clase. De tal forma, los pactos no competencia, plena dedicación o permanencia, admitidos en el artículo 21 ET, nunca pueden suponer una renuncia o disminución injustificada del derecho constitucional al trabajo. Y tal razonabilidad se hace depender en la práctica de la concurrencia simultánea de los requisitos que, para cada una de estas modalidades, prevé el legislador, aunque interpretando a su vez estas restricciones legales restrictivamente.

Y es que los derechos de los trabajadores no se han de garantizar ampliando su margen de decisión individual, ni legitimando la plena eficacia de los términos del contrato, sino intentando que el contenido contractual restrinja lo menos posible su libertad para elegir, no solo su profesión u oficio, sino también, y en la medida en que el mercado lo permita, las condiciones en las que dicho servicio se va a desarrollar.

Como ocurre en todos y cada uno de los pactos que a priori legitima el artículo 21 ET, el «pacto de permanencia» que articula el apartado cuarto del citado precepto, es también objeto de una estricta interpretación jurisprudencial. Aunque la literalidad de su redacción no es particularmente ambigua, cualquier problema práctico que la aplicación del citado precepto pueda suscitar se solventa por medio de una interpretación restrictiva de los términos de la ley.

De tal forma que, lo que en muchas veces parece un ejemplo de la libertad contractual de que disponen los contratantes para regular los derechos y obligaciones que surgen entre ellos, deviene en un pacto nulo al no superar el estricto tamiz por el que jueces y tribunales hacen pasar sus presupuestos constitutivos. Tal restricción interpretativa se va a llevar a cabo a través de dos técnicas yuxtapuestas:

Por una parte, se interpretan restrictivamente los cuatro requisitos de los que expresamente el legislador, en el artículo 21.4 ET, hace depender la validez de los pactos de permanencia en la empresa. Por otra, y como medida complementaria, junto a los requisitos expresos, impuestos directamente por la ley, se van a exigir otros requisitos constitutivos, de creación jurisprudencial, cuya repercusión en la validez final del pacto es todavía mayor, si cabe, que la de los requisitos explícitos. Tal práctica desencadena la siguiente consecuencia: cada vez son más los pactos de permanencia incluidos en el texto de un contrato que devienen ineficaces, por no superar los requisitos de validez que la jurisprudencia más reciente les exige.

## II. REQUISITOS EXPRESOS E IMPLÍCITOS DE VALIDEZ DEL «PACTO DE PERMANENCIA»

La tendencia jurisprudencial más reciente consiste en restringir en lo posible la eficacia de todo pacto que de alguna manera limite o condicione el derecho constitucional al trabajo.

En este empeño, se produce no solo una interpretación restrictiva de los términos de la ley, en aras de proteger la libertad de elección de profesión u oficio, sino también, una intensificación de la protección de los derechos del trabajador dependiente, exigiendo, además de los requisitos de los que el propio artículo 21.4 ET hace depender la validez del pacto de permanencia, otros requisitos de creación jurisprudencial.

### 1. Límites impuestos por la redacción literal del artículo 21.4 ET.

Son cuatro los requisitos a los que, según el artículo 21.4 ET, debe ajustarse todo pacto en virtud del cual se quiera imponer la permanencia del trabajador en la empresa durante cierto período de tiempo: «especialización profesional» «necesaria para poner en marcha determinados proyectos o realizar un trabajo específico», durante un «máximo de dos años» y «por escrito». Ahora bien, estos condicionamientos que en su redacción literal parecen claros, también son susceptibles de suscitar problemas de interpretación muy diversos.

1.º Jueces y tribunales se ven obligados a discutir en numerosas ocasiones qué se entiende por «**especialización profesional a cargo del empresario**». El mayor problema que genera este presupuesto no radica en determinar cuándo se ha prestado «formación», sino cuándo la formación recibida puede calificarse propiamente de «especial», frente a la formación ordinaria, que no puede utilizarse para integrar el presupuesto constitutivo del pacto de permanencia que ahora nos ocupa.

Para ello, se suele recurrir a una definición que combina elementos positivos y negativos. Y es que la mejor manera de explicar con claridad qué tipo de formación puede considerarse específica, no basta con determinar qué circunstancias configuran su especialidad, sino también las que no lo hacen.

A golpe de sentencia se ha ido creando un concepto de «especialización profesional» por exclusión. Así, no se habrá prestado formación especial cuando:

- a) Se haya recibido únicamente formación profesional ordinaria. Como es lógico, la experiencia profesional adquirida durante el transcurso de la relación laboral en ningún caso permite alcanzar la «especialización profesional» que exige el artículo 21.4 ET <sup>1</sup>. En

<sup>1</sup> Tajantemente, el TSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2006 (AS 2006/1330) niega que «la obligación genérica de formación profesional del empresario (...) pueda legitimar un sacrificio de la libertad profesional del trabajador al exigirle vinculación a la empresa por un período más o menos prolongado».

consecuencia, tampoco el hecho de que el empresario haya cumplido escrupulosamente su deber de garantizar «la formación profesional en el trabajo» que, configurándolo como un derecho del trabajador le impone tácitamente el artículo 4.2 b) ET podrá nunca considerarse como una formación especializada.

- b) Además, en lo que respecta a los contratos formativos, la jurisprudencia se ve obligada a profundizar en el alcance de este requisito.

Se llega a la conclusión de que el deber de instrucción en el puesto de trabajo es consustancial a la cualidad de contrato formativo (art. 11 ET), pues es precisamente la posibilidad de obtener dicha formación la que condiciona la facultad de pactar una minoración retributiva. En consecuencia, si la empresa no ha costeado cursos especiales de formación organizados por entidades externas a la propia empresa, cualquier otra formación recibida en los contratos en prácticas o para la formación únicamente estará posibilitando «la obtención de la práctica profesional adecuada a los estudios cursados» o «la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación», y por tanto, actuará como una modalidad sui generis de formación ordinaria o, al menos, de la formación no solo normal sino también esencial y característica de este tipo de contratos. Dicha formación profesional «interna» tan solo legitimaría la validez del referido contrato formativo, pero nunca podrá integrar el presupuesto constitutivo de la «formación específica» de la que el ET hace depender la validez y eficacia de los «pactos de permanencia en la empresa»<sup>2</sup>.

- c) Tampoco podrá admitirse que exista «especialización profesional con cargo a la empresa» cuando no sea dicha empresa la que costee directamente la formación profesional sino que tan solo se haga cargo de ella indirectamente, ofreciendo a sus trabajadores un «complemento especial», no sujeto a cotización que, a modo de un peculiar suplido por gastos, estuviese destinado a que el propio trabajador sufrague por sí mismo los cursos que le interesan<sup>3</sup>.

Y es que la exigencia legal de que la «especialización profesional» corra «a cargo del empresario», se interpreta restrictivamente y solo cabe admitir la validez del pacto de permanencia ante situaciones en las que la empresa haya financiado en su propio nombre pero en interés de sus trabajadores el importe de los cursos específicos de formación. Así, aunque a través de percepciones extrasalariales, de alguna manera se facilite la formación del trabajador, no puede considerarse cumplido el presupuesto que expresamente exige el artículo 21.4 ET<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Al respecto, véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2006 (AS 2006/1330).

<sup>3</sup> STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2006 (AS 2006/1474).

<sup>4</sup> De tal manera, al estimarse incumplido este requisito formal, no puede surtir efectos el pacto de permanencia inicialmente incluido en el texto del contrato, por lo tanto, el trabajador no tiene obligación de indemnizar ni resarcir a la empresa: STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2006 (AS 2006/1474). Y es que en realidad la percepción del denominado «complemento especial para la formación» no sufre en ningún caso la exigencia legal de que el trabajador reciba «especialización profesional a cargo de la empresa».

De la misma forma, tampoco puede admitirse que la formación corre «a cargo de la empresa» cuando esta únicamente adelanta el importe del curso de formación, que el trabajador deberá devolver progresivamente a corto o medio plazo <sup>5</sup>.

El análisis de las situaciones en las que no concurre la especialidad que requiere el ET para reconocer efectos al pacto de permanencia debe completarse con una indicación detallada de las distintas acepciones jurisprudenciales positivas de dicha «especialización profesional».

- a) Se considera que se ha prestado una formación especializada y no ordinaria cuando queda probado que esta ha supuesto un coste especial para la empresa. Es decir, se debe exigir un **desembolso de gastos** especiales de formación efectuados por cuenta del empresario y destinados a sufragar el importe de una formación especializada que consiga mejorar la cualificación de su trabajador <sup>6</sup>. Por lo tanto, solo habrá formación específica cuando la empresa costee ella misma directamente el importe de la matrícula del trabajador <sup>7</sup>.
- b) Al mismo tiempo, dicha formación especializada ha debido producir un enriquecimiento del valor profesional del trabajador <sup>8</sup>, aumentando sus posibilidades de **ocupabilidad futura** y mejorando su bagaje y su trayectoria profesional, así como su posición en el mercado de mano de obra <sup>9</sup>. De tal manera, solo cuando la formación recibida haya dotado al trabajador de mayores facilidades de colocación en otras empresas <sup>10</sup>, o le posibilite encontrar empleo en empresas de la competencia <sup>11</sup>, podrá hablarse de «especialización profesional» y no del desarrollo ordinario de la «formación profesional» a la que tiene derecho todo trabajador dependiente [art. 4.2 b) ET].
- c) Por último, para que la formación especializada cumpla los requisitos anteriores debe ofrecerse por entidades **externas** a la propia empresa. En caso contrario, no se podrá tener por cumplido el presupuesto de que la formación corra «a cargo del empresario». Por el con-

<sup>5</sup> Siguiendo este razonamiento, la STSJ de Andalucía (Sevilla, Sala de lo Social) de 20 de febrero de 2007 (JUR 2007/126385) parte de un error de base y admite injustificadamente la validez de un pacto de permanencia cuando la empresa únicamente ha adelantado el importe de la matrícula en un curso de «piloto agroforestal» que el trabajador se obliga a devolver en un plazo máximo de 18 meses desde la finalización del curso.

<sup>6</sup> Es muy indicativa la argumentación jurídica que fundamenta el fallo de la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2006 (AS 2006/1330). La misma exigencia subyace en la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2006 (AS 2006/1474).

<sup>7</sup> Se ha de tratar de un curso específico, cuya matrícula sea costeada directamente por la empresa y no por el propio trabajador, ni siquiera cuando dichos gastos se hayan logrado repercutir sobre el patrimonio de la empresa en virtud de un «suplido por gastos». Véase la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2006 (AS 2006/1474).

<sup>8</sup> En este sentido, véase la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/208750).

<sup>9</sup> Cfr. STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2006 (AS 2006/1474). Prácticamente en los mismos términos, véase la STSJ de las islas Baleares (Sala de lo Social) de 14 de julio de 2006 (AS 2006/2485).

<sup>10</sup> Exigencia que aparece expresada de forma muy clara en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 7 de mayo de 2003 (AS 2003/2684).

<sup>11</sup> Véase la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2003 (AS 2003/2690). Así, un curso de tres días no puede considerarse una formación específica y suficiente como para legitimar la validez de un pacto de permanencia (STSJ, Sala de lo Social, de las Islas Baleares, de 14 de julio de 2006, AS 2006/2485).

trario, la formación interna se califica directamente como «formación ordinaria o normal» inherente al desarrollo de una prestación laboral de servicios <sup>12</sup>.

Hay que tener en cuenta que, en cualquier caso, incumbe únicamente a la empresa la carga de probar que el trabajador ha recibido una formación especial a su exclusivo cargo, y que simultáneamente se ha producido con ello una mejora de su cualificación profesional, visible y valorable en el mercado de empleo, por lo que la marcha anticipada y voluntaria del trabajador origina en la empresa un verdadero perjuicio <sup>13</sup>. En definitiva, se está reconociendo con ello que el «pacto de permanencia» encuentra su fundamento último en impedir el «enriquecimiento injusto» de un trabajador, que pretenda aprovechar su vinculación contractual con una empresa para mejorar sustancialmente su formación y cualificación profesional sin dejar satisfechas antes de marcharse las expectativas mínimas para las que se le contrató <sup>14</sup>.

2.º El segundo de los requisitos de validez, que el artículo 21.4 le impone a los pactos de permanencia, constituye un condicionamiento teleológico íntimamente conectado con la especialización profesional recibida. Y es que dicha especialización ha de ser **«necesaria para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico»**.

No basta con que el empresario haya sufragado costosos cursos de formación, sino que valorando en su conjunto el contenido de la prestación laboral y su repercusión material en el desarrollo de la actividad empresarial, se pueda razonablemente entender que con el pacto de permanencia no se ha producido un sacrificio injustificado de la facultad de resolver el contrato por dimisión que el artículo 49.1 d) ET le atribuye al trabajador dependiente y, por lo tanto, no está imponiendo restricciones injustificables al «derecho al trabajo» que proclama la CE.

Ahora bien, la «necesidad» que proclama en abstracto el artículo 21.4 ET debe necesariamente integrarse por medio de la interpretación jurisprudencial. Al respecto, jueces y tribunales se decantan por analizar el contenido concreto de la prestación de servicios que el trabajador tiene asignada en la empresa y la trascendencia práctica que su función representa en la actividad productiva en su conjunto. Por lo tanto, existirá la relación causal entre formación específica y necesidad de la empresa cuando, aplicando las reglas de la lógica, resulta factible intuir que la marcha del trabajador genera en la empresa un *perjuicio organizativo* serio, y por lo tanto, susceptible de compensación económica <sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Presupuesto que se exige explícitamente en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 19 de abril de 2006 (JUR 2006/296931), e implícitamente, entre otras, en la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/208750) y en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2006 (AS 2006/1330).

<sup>13</sup> Así lo reconoce, entre otras, la STSJ de las Islas Baleares (Sala de lo Social) de 14 de julio de 2006 (AS 2006/2485): «en caso de controversia incumbe a la empresa la probanza acerca de que la formación proporcionada al trabajador ha supuesto realmente una auténtica especialización profesional, que, por otra parte, redunde en un plus de cualificación del trabajador». En el mismo sentido, véase la STSJ de Murcia (Sala de lo Social) de 5 de septiembre de 2006 (JUR 2006/258429).

<sup>14</sup> Véase STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 7 de mayo de 2003 (AS 2003/2684).

<sup>15</sup> Es muy significativa la reflexión que incorpora la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2006 (AS 2006/1330). En ella se pondera la importancia que representa la prestación que tenía encomendada el trabajador (en este caso, un piloto), con relación a la actividad de la empresa (una compañía aérea de transportes) y, por lo tanto, la posibilidad de que la marcha anticipada del trabajador general un perjuicio económicamente cuantificable. Véase también la

3.º Junto a los requisitos formales y causales, en el artículo 21.4 ET se impone un límite temporal muy preciso: como máximo, el trabajador podrá pactar una permanencia de **dos años** en su empresa, superado este tiempo, el «pacto de permanencia» pierde sus efectos. Así, si en el contenido inicial del pacto se acuerda un tiempo de permanencia superior, deberá reconducirse la duración del pacto a la máxima prevista en la ley, 6 meses o dos años según los casos (9.2 ET) <sup>16</sup>. Ahora bien, como la redacción literal de la ley no precisa cuál es el *dies a quo* del cómputo de este plazo, la jurisprudencia se ocupa de matizar y precisar este requisito, y admite que el compromiso de permanencia en la empresa surta efectos no solo desde la firma del contrato, sino también «desde que la causa jurídica del compromiso se produce, esto es, desde que el trabajador adquiere la correspondiente especialización profesional a cargo del empresario» <sup>17</sup>.

4.º En último lugar, se exige que el pacto de permanencia se formalice «**por escrito**», de tal manera que, como es obvio, no solo se rechaza la validez de los pactos verbales de permanencia y de los impuestos de forma tácita o implícita en la relación contractual, sino que tampoco se admiten, y en esto radica la restricción jurisprudencial, los pactos que no se incluyan en el texto del contrato de trabajo, aunque estén formalizados por escrito.

Así, aunque el legislador solo requiera que el pacto de permanencia «se formalice siempre por escrito», jueces y tribunales vienen exigiendo que dicho pacto escrito reúna ciertos condicionamientos adicionales. Y dichas exigencias añadidas están relacionadas con el soporte formal óptimo del que depende su eficacia que, en virtud de la interpretación jurisprudencial, solo podrá ser el contrato de trabajo. Por lo tanto, no surtirán efectos aquellos pactos de permanencia incluidos tan solo en el articulado del convenio colectivo aplicable, y no expresa e individualizadamente en el texto de los contratos de trabajo de cada uno de los trabajadores afectados.

Las controversias más frecuentes en torno a la previsión expresa y escrita del pacto de permanencia se producen a raíz de la transformación de un contrato temporal en indefinido. Es habitual que se intenten hacer valer aquellos pactos de permanencia incluidos originariamente de manera expresa en el texto de un contrato temporal después de que se haya producido una novación extintiva de su contenido inicial. Pero aunque el empresario presuponga que aunque desaparezca la naturaleza temporal del contrato de trabajo, se mantiene tras la novación su mismo contenido, la jurisprudencia es estricta al respecto. Así, la novación se considera extintiva y, por lo tanto, los pactos de permanencia incluidos expresamente en el texto de un contrato de trabajo temporal perderán

---

STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2003 (AS 2003/2690), en la que el hecho de que la actividad laboral fuese necesaria «para poner en marcha determinados proyectos o realizar un trabajo específico» se hace depender de los daños, que en abstracto su marcha injustificada pueda provocarle a la empresa que facilitó su formación profesional. El mismo criterio subyace en la argumentación jurídica que sustenta el fallo de la STS (Sala de lo Social) de 23 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8247) en la que se tiene en cuenta que «el trabajador adquiere un valor de mercado que antes no tenía, y una vez formado (si se marcha a otra empresa) provoca el consiguiente perjuicio empresarial». Al respecto, la STS (Sala de lo Social) de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/7795) exige que «la marcha anticipada del trabajador origine un verdadero perjuicio sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo (no necesaria y exclusivamente financiero) que le ocasionó la especialización a su cargo del trabajador».

<sup>16</sup> Cfr. entre otras, la argumentación jurídica de la STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) de 23 de noviembre de 2007 (JUR 2007/189826) y de la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 24 de enero de 2005 (AS 2005/405).

<sup>17</sup> Véase la STSJ, de las Islas Baleares (Sala de lo Social) de 14 de julio de 2006 (AS 2006/2485).

su validez en el momento en que se produzca su transformación en contrato indefinido si el nuevo contrato no reitera expresamente en su articulado el citado pacto de permanencia, pues no cabe admitir una prórroga ni una renovación tácita de este compromiso<sup>18</sup>.

Al mismo tiempo, cuando el legislador exige que el pacto se formalice por escrito, implícitamente está requiriendo también que en dicha cláusula contractual se manifieste expresa y claramente la intención de los contratantes de incluir en su articulado un «pacto de permanencia en la empresa». Por lo tanto, y en aplicación del artículo 1.283 del Código Civil, aunque se redacten por escrito, no puede atribuírsele valor de «pacto de permanencia» a indicaciones contractuales de redacción confusa, de las que no pueda desprenderse con claridad la intención de los contratantes. Tampoco puede atribuírsele un doble sentido a previsiones contractuales que únicamente pretenden fijar complementos por antigüedad o indicar el preaviso que debe respetar la dimisión del trabajador<sup>19</sup>. De tal forma, ni dichas estipulaciones son suficientes para entender que implícitamente se ha acordado la permanencia en la empresa, ni tampoco, como es obvio, se les puede exigir para reconocerles efectos la concurrencia simultánea de los estrictos requisitos formales que impone el artículo 21.4 ET.

## 2. Exigencias añadidas por la jurisprudencia.

Una vez analizados los presupuestos formales y causales de los que el ET hace depender la validez de los pactos de permanencia, queda analizar otros requisitos de creación jurisprudencial. Y es que, jueces y tribunales, vienen exigiendo, además de los cuatro elementos constitutivos expresamente enumerados en el artículo 21.4 ET, la presencia de circunstancias adicionales, que considera implícitas en el texto de la ley e indisolublemente vinculadas a la finalidad del pacto de permanencia.

Estos requisitos de creación jurisprudencial inciden sobre el elemento causal y finalista que ha de inspirar el pacto de permanencia en la empresa, intentando garantizar en todo momento el equilibrio de intereses entre los contratantes. De tal forma, se pretende comprobar que los contratantes, pactando la permanencia en la empresa han respetado escrupulosamente el «deber de buena fe» que con carácter general proclama para ambas partes el artículo 20 ET.

<sup>18</sup> Sirva como ejemplo la reflexión que incorpora la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2003 (AS 2003/2690). Claramente expone el tribunal que «al haberse producido una novación de la primitiva relación contractual que era de duración temporal (contrato en prácticas), ninguna duda ofrece que, al extinguirse esta contratación por expiración del plazo convenido, dicho pacto de permanencia, al igual que el resto de estipulaciones, ha desaparecido de la vida jurídica, por lo que no puede aplicarse ni exigirse a la nueva modalidad de contratación, por tiempo indefinido». En la misma línea, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 19 de abril de 2006 (JUR 2006/296931) declara la nulidad de la cláusula inicialmente incluida en el texto de un contrato temporal, «cuando no consta que el pacto de permanencia se reiterara cuando se produjo la conversión del contrato temporal en indefinido».

<sup>19</sup> De tal manera, como es lógico, no se puede calificar como pacto de permanencia un complemento salarial de percepción anual que bajo el nombre de «plus de vinculación», únicamente premiaba la antigüedad del trabajador en la empresa. En este sentido, véase la STS (Sala de lo Social) de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/23500). Tampoco se ha acordado una permanencia en la empresa cuando solo se ha pactado que la dimisión del trabajador deberá respetar un preaviso de tres meses. Cfr. STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) de 28 de abril de 2005 (AS 2005/1382).

Así, jurisprudencialmente, aunque no consten expresamente enumerados en la redacción literal del artículo 21.4 ET, se requiere que el pacto de permanencia «no sea abusivo», y respete unos parámetros mínimos de «proporcionalidad» y «equilibrio de intereses». Aunque en la fundamentación jurídica de muchas sentencias se desglosan en estos tres los requisitos de validez del pacto de permanencia de creación jurisprudencial, en realidad todos ellos se pueden refundir en una sola exigencia: que el pacto de permanencia tenga su origen en una «causa suficiente» o «causa justa». De tal forma, si falta esta nota, el pacto de permanencia sería nulo, por abusivo<sup>20</sup>. Se intenta con ello hacer hincapié en el elemento finalista del pacto de permanencia –en el que verdaderamente radica la justificación del citado compromiso–, y que queda insuficientemente atendido con el escueto requerimiento legal de que la formación recibida debe ser «necesaria para poner en marcha proyectos determinados o prestar un trabajo específico».

Para reconocer una «causa justa» en el origen del pacto de permanencia deben interpretarse conjuntamente todos los datos fácticos del caso, pero prestando un interés especial a estas cuestiones:

- 1.º La duración del pacto de permanencia en proporción a la duración total del contrato<sup>21</sup>.
- 2.º La relación entre el importe de la indemnización de daños y perjuicios fijada expresamente en el pacto y el coste de la especialización profesional de la que se ha beneficiado el trabajador<sup>22</sup>.
- 3.º La proporción que existe entre la indemnización exigida y la valoración aproximada de las pérdidas o perjuicios reales que puede reportar a la empresa la marcha de un trabajador especializado a su costa<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> La STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2006 (AS 2006/1474) expresamente exige que «no es bastante para la validez del pacto de permanencia con el mero requisito formal de los requisitos que se desprenden del artículo 21.4 ET, sino que la cláusula de referencia debe estar fundada en causa suficiente, y debe reunir además, para que pueda apreciarse su licitud o carácter no abusivo, determinados requisitos mínimos de proporcionalidad y equilibrio de intereses». Además, en este sentido, véase la argumentación jurídica de la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 7 de mayo de 2003 (AS 2003/2684).

<sup>21</sup> Resulta obvio, por ejemplo, que un pacto de permanencia de dos años de duración, incorporado al texto de un contrato eventual por circunstancias de la producción de seis meses de duración resulta claramente abusivo. Así se pronuncia la STSJ de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) de 19 de abril de 2006 (JUR 2006/296931).

<sup>22</sup> Así, la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/208750) reconoce la procedencia de una indemnización de 2.500 euros por la marcha anticipada de un trabajador en cuya formación, la empresa había abonado, en concepto de coste de matriculas, al menos, 1.984,76 euros. Al tratarse de cantidades muy próximas entre sí, se puede intuir la proporcionalidad de la medida. Y es que en estos casos se intenta compensar el «enriquecimiento del patrimonio o valor profesional del trabajador que ha recibido una formación cualificada que supuso un coste especial para la empresa» imponiéndole un resarcimiento de los daños causados que, a juzgar por lo expuesto, puede considerarse que ascienden a un importe muy similar al coste económico exacto de la formación financiada. También es muy clara la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) de 4 de octubre de 2006 (AS 2006/836), que estima que en el supuesto que se ocupa de analizar «la suscripción de tal pacto no pudo ser más que una imposición de la empresa al trabajador que condicionaba su estabilidad laboral a la suscripción de un acuerdo de escaso equilibrio obligacional, la consecuencia debe ser exactamente la ya aplicada (la nulidad del pacto y, por tanto, la nulidad parcial del contrato de trabajo)».

<sup>23</sup> Por ese motivo, el hecho de que se pondere la cuantía de la indemnización en virtud del tiempo de permanencia del trabajador en su empresa, permite intuir la proporcionalidad y equilibrio necesario para reconocer la validez del pacto de permanencia en la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/208750). En esta ocasión, el trabajador debería abonar una indemnización más pequeña cuanto más temprana sea su marcha (y, por lo tanto, menor hubiese sido el coste de formación asumido por la empresa a su favor).

- 4.º La graduación de la cuantía indemnizatoria dependiendo del momento en que se produzca el desistimiento <sup>24</sup>.
- 5.º El equilibrio teórico que pueda existir entre el coste concreto que verdaderamente ha supuesto la formación sufragada por la empresa y el período de tiempo durante el que se pretendía garantizar la permanencia del trabajador <sup>25</sup>.

Ponderando estos factores se intenta determinar si el pacto de permanencia ha supuesto un abuso de derecho en perjuicio del trabajador dependiente y si se han respetado escrupulosamente en todo momento las exigencias de proporcionalidad y equilibrio de intereses entre los contratantes que deben regir todo contrato. En caso contrario, si las circunstancias del caso demuestran que no existe una causa justa que inspire el pacto de permanencia, dicha previsión contractual carecerá de validez al faltar uno de sus elementos esenciales, aunque no se trate de uno de los requisitos expresamente enumerados en el artículo 21.4 ET, sino de una exigencia añadida por la jurisprudencia. Es decir, no dará lugar a la modulación de la indemnización con el fin de reequilibrar los derechos y obligaciones que respectivamente asumen los contratantes, sino que, en opinión de la jurisprudencia, curiosamente tal situación es constitutiva de un vicio insubsanable que determina la nulidad de pleno derecho del pacto de permanencia, pero no del contrato de trabajo (art. 9.1 ET). Y es que, si no se han establecido obligaciones equitativas para ambas partes, no puede surtir efectos una previsión contractual que en realidad está encubriendo una renuncia anticipada de derechos (prohibida por el art. 3.5 ET) –en este caso, una renuncia al libre desistimiento que permite el art. 49.1 d) ET– y por tanto, un abuso de derecho por parte de la empresa en los términos del artículo 7.2 del Código Civil <sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Así, contribuye a demostrar la licitud del pacto de permanencia el hecho de que la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios sea más moderada cuando el desistimiento se produce dentro del segundo año desde la finalización del curso, que cuando tiene lugar antes. Al respecto, es muy significativa la argumentación jurídica de la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2006 (JUR 2007/70023).

<sup>25</sup> Resultará también abusivo intentar justificar la validez y eficacia de un pacto de permanencia de dos años de duración en la especialización profesional recibida, cuando el coste exacto de los cursos de los que se ha beneficiado el trabajador asciende únicamente a 109,63 euros. Cfr. STSJ de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Social) de 19 de abril de 2006 (JUR 2006/296931). Por el contrario, el hecho de que el pacto de permanencia y la cuantía exacta de la indemnización por daños y perjuicios a que su incumplimiento puede dar lugar, además de en el texto del contrato individual de trabajo, aparezca reconocido en el convenio colectivo aplicable produce en el juzgador la impresión de que se ha respetado la proporcionalidad y el equilibrio de intereses de los que se hace depender la validez de este tipo de pactos, pues el hecho de probar que «su regulación se sustenta en un pacto negocial equivale a afirmar que, con dicho pacto de permanencia, se mantiene una posición de equilibrio contractual solo imputable a la negociación colectiva». Al respecto, véase la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 7 de mayo de 2003 (AS 2003/2684).

<sup>26</sup> En estos mismos términos se pronuncia el TSJ de Madrid (Sala de lo Social), en su Sentencia de 19 de abril de 2006 (JUR 2006/296931). De tal forma, se proclama una nulidad parcial del contrato, que afecta tan solo al pacto de permanencia en la empresa, siendo válido el resto de lo pactado. Amparándose también en la «causa justa», la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/208750) legitima un pacto de permanencia en el que, por la cuantía de la indemnización prevista en caso de incumplimiento –prácticamente coincidente con el importe de los cursos de formación que la empresa había costeado–, y por la disminución de la cuantía indemnizatoria dependiendo del momento en el que se produjera la dimisión del trabajador, se estima que se «ha respetado la necesaria proporcionalidad o equilibrio de intereses que justifican la renuncia del trabajador a su derecho a dimitir».

### 3. Paradojas en torno a la aplicación del precepto.

Aunque de manera contundente, jueces y tribunales, restringen patentemente los supuestos en los que el incumplimiento de un pacto de permanencia es capaz de generar indemnización por daños y perjuicios <sup>27</sup>, existen diversas situaciones en las que se rompe esta tendencia general.

- 1.º En esta línea, cabe destacar la llamativa admisibilidad de los pactos de permanencia en el seno de un contrato de duración temporal. Por el momento se obvia la desproporción que, sin necesidad de que concurra otro requisito coadyuvante, implica el hecho de que el trabajador condicione su facultad de desistir libremente de su relación laboral en virtud del pacto de permanencia, cuando el empresario lo único que oferta a cambio es un contrato de duración determinada en el tiempo <sup>28</sup>.
- 2.º Tampoco resulta muy acorde con una interpretación restrictiva del artículo 21.4 ET que se pueda llegar a admitir la validez del pacto de permanencia aunque la formación recibida por el trabajador no se ajuste exactamente a la «especialización» óptima y eficaz que se correspondería con las funciones propias de su categoría profesional. Así, en determinadas ocasiones se obvia el abuso de derecho que deja entrever esta circunstancia y se admite que el «pacto de permanencia» surta plenos efectos, siempre y cuando la formación recibida, pese a estar pensada para funciones distintas a aquellas para cuya ejecución se contrató al trabajador dependiente, se correspondan al menos con funciones propias de una categoría profesional superior <sup>29</sup>. Con esta admisión, pretende el juzgador no coartar ni limitar las expectativas de promoción profesional del trabajador, eliminando los obstáculos de cualquier índole que pudieran surgir en el reconocimiento de la formación profesional recibida.

### 4. La voluntariedad en el desistimiento como condición imprescindible.

Mediante el pacto de permanencia se intenta impedir el cese voluntario del trabajador en la empresa, cuando su presencia en ella constituye un presupuesto organizativo importante para emprender determinados proyectos o trabajos específicos. Y es precisamente tal voluntariedad un elemento fundamental en el reconocimiento y aplicación de las consecuencias jurídicas del pacto de permanencia.

<sup>27</sup> Teniendo en cuenta que los daños y perjuicios que reclame la empresa por la vulneración de un pacto de permanencia cuya cuantía no se haya predeterminado en el momento de concertar dicho pacto, deberán estar debidamente acreditados (cfr. STSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, de 12 de abril de 1999, AS 1999/1073).

<sup>28</sup> Entre otras muchas, por ejemplo, véase la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2003 (AS 2003/2690), en la que se discute si se ha producido o no un fenómeno de novación contractual que pueda perjudicar la validez del pacto de permanencia, pero en ningún caso se plantea la idoneidad teórica de admitir un pacto de permanencia de dos años de duración en el seno de un contrato en prácticas. De la misma forma, la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/208750) legitima un pacto de permanencia a pesar de que se ha incluido en un contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción. Ahora bien, al menos la temporalidad de la relación sí se tiene en cuenta en los casos más extremos para determinar si un pacto de permanencia de duración demasiado amplia encubre en realidad un abuso de derecho y rompe el equilibrio de intereses entre los contratantes (véase *supra* nota 17).

<sup>29</sup> Al respecto, cfr. la STSJ de La Rioja (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/208750), en relación con un programador informático.

De tal forma, si la única finalidad del pacto de permanencia es impedir que la marcha anticipada y voluntaria de un trabajador genere un perjuicio organizativo y económico en la empresa, no se podrá exigir indemnización por los daños y perjuicios derivados de la extinción de la relación laboral a iniciativa del trabajador cuando este no actúa de forma totalmente libre. Así, no podrá hablarse de incumplimiento de un pacto de permanencia en la empresa, si el trabajador decide extinguir su relación laboral como respuesta a un traslado (art. 40.1 ET), a una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo [arts. 41.3 y 50.1 a) ET], la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario [art. 50.1 b)] o ante cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del empresario [art. 50.1 c) ET].

Y es que todas estas situaciones constituyen causas de resolución indemnizada del contrato de trabajo a iniciativa del trabajador, expresamente permitidas por la ley, que en modo alguno pueden generar a favor de la empresa el derecho a ver resarcidos los daños y perjuicios que la marcha del trabajador haya podido generar<sup>30</sup>. En cambio, no es descabellado pensar que el pacto de permanencia en la empresa podría surtir plenos efectos si la extinción de la relación laboral se produce en virtud de un despido disciplinario declarado procedente, pues en estos casos, de alguna forma, la «voluntariedad» del trabajador ha desempeñado un papel esencial en la extinción del contrato<sup>31</sup>.

## 5. Factores que modulan la indemnización por daños y perjuicios.

La principal consecuencia del incumplimiento del trabajador de un pacto de permanencia es el deber de compensar económicamente los daños y perjuicios que su marcha anticipada ha ocasionado a la empresa<sup>32</sup>.

En algunos casos en el texto del contrato se predetermina la cuantía de la indemnización que habrá de abonar el trabajador que no ha respetado su compromiso de permanencia, y en otros, será la jurisdicción social la encargada de concretar su importe, ponderando el tipo de prestación laboral que realizaba el trabajador y su trascendencia sobre el conjunto de la organización empresarial, el coste exacto de la formación recibida y las circunstancias fácticas en las que el cese se ha producido<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Sobre este tema, es muy significativa la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 28 de junio de 2006 (JUR 2007/17804). También, véase SIRVENT HERNÁNDEZ, N., *El pacto de permanencia en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 250 y ss.

<sup>31</sup> Planteamiento que aparece implícito en al STSJ de Murcia (Sala de lo Social) de 5 de septiembre de 2006 (JUR 2006/258429).

<sup>32</sup> Pero no al revés. Es decir, a pesar de que la empresa despidiera improcedentemente a un trabajador dentro del período de tiempo en el que se ha pactado su permanencia en la empresa, este comportamiento no genera a favor del trabajador una indemnización añadida a la que con carácter general el artículo 56.1 a) ET prevé para el despido improcedente, ya que «los términos en que está establecido el artículo 21 ET impiden totalmente hablar de que la empresa deba indemnizar al trabajador por tal ruptura por encima de lo establecido en el artículo 56 estatutario, pues incluso la lógica nos dice que el pacto se hace en favor de la empresa», cfr. STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 3 de julio de 1997 (AS 1997/2707).

<sup>33</sup> Sobre las peculiaridades del *quantum* indemnizatorio a favor del empleador de deportistas profesionales, véase RODRÍGUEZ SANTOS, E., «La dimisión de los deportistas profesionales», *Actualidad Laboral*, n.º 1, 2007, pág. 14.

En ocasiones, predeterminar en el texto del contrato una indemnización demasiado elevada a favor de la empresa puede hacer peligrar la validez del pacto de permanencia, si el tribunal estima que, con tal compromiso, se está produciendo un abuso de derecho por parte de la empresa sobre el trabajador. Por el contrario, no se discute la validez del pacto cuando el importe indemnizatorio se ajusta estrictamente al importe de los cursos de formación que el trabajador ha recibido <sup>34</sup>.

Tampoco pueden confundirse los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pacto de permanencia con la indemnización que procede cuando el desistimiento del trabajador se produce sin ajustarse al preaviso estipulado. Así, el incumplimiento de un pacto de permanencia puede coincidir o no con la ausencia de preaviso en el desistimiento [art. 49.1 d) ET], pues, en cualquier caso, estos comportamientos implican una transgresión de compromisos de distinta índole, darán lugar a consecuencias distintas y, por tanto, a indemnizaciones económicas diferentes a favor de la empresa (aunque su procedencia se pueda dilucidar en un mismo proceso) <sup>35</sup>.

A su vez, al realizar la cuantificación de la indemnización que le corresponde a la empresa por los daños y perjuicios que le ha generado la marcha anticipada de un trabajador hay que tener en cuenta que, en ningún caso, puede computarse para elevar la cuantía indemnizatoria el «*plus de vinculación*» que, a modo de complemento salarial funcional, hubiese podido percibir el trabajador. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con el pacto de «no competencia posterior» (art. 21.2 ET) o con el de «plena dedicación» (art. 21.3 ET), el «pacto de permanencia» no exige que el trabajador perciba una compensación económica a cambio, y por tanto, si se le ha reconocido un complemento retributivo por esta circunstancia, su abono no puede considerarse un daño más que tener en cuenta a la hora de calcular la indemnización a favor de la empresa, «pues nuestro ordenamiento no tolera que se pueda perder el salario correspondiente a un trabajo ya realizado por el incumplimiento de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo», de tal manera que el incumplimiento de un pacto de permanencia «únicamente puede generar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el empresario, pero nunca la pérdida de un salario ya devengado, máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico está prohibida la multa de haber» <sup>36</sup>.

### III. LA FUERZA MAYOR COMO EXCEPCIÓN

Como era previsible, también la fuerza mayor puede incidir sobre el cumplimiento del pacto de permanencia. Con carácter general, el Código Civil establece como causa justa que exime de la

<sup>34</sup> A tal conclusión llegan, entre otras, las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2006 (JUR 2007/70023) y de 19 de abril de 2006 (JUR 2006/296931). Así, no se discute la proporcionalidad de una indemnización por daños y perjuicios que se limita a compensar el importe de la matrícula de la que en su momento se hizo cargo la empresa.

<sup>35</sup> Es muy clara la fundamentación jurídica que sobre este punto incorpora la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2006 (JUR 2007/70023).

<sup>36</sup> La STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 16 de mayo de 2006 (AS 2007/549) se ocupa de resolver un problema de esta índole. En cambio, al calcular el importe exacto a que ascienden los daños que el incumplimiento de un pacto de permanencia le ha generado a una empresa hay que tener en cuenta no solo el coste de los cursos de formación recibidos, sino también otros gastos que la empresa haya podido hacer en interés del trabajador, como pueden ser gastos derivados de desplazamientos internacionales (billetes de avión, mudanzas u hoteles), entre otras la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 28 de junio de 2006 (JUR 2007/17804).

indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de contrato la concurrencia de circunstancias «imprevisibles e inevitables» que legitimen el incumplimiento; y lógicamente, el pacto de permanencia, como manifestación concreta del acuerdo de voluntades, se halla sujeto a las mismas reglas.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación práctica del artículo 21.4 ET, resulta interesante analizar y clasificar las distintas causas que la jurisprudencia viene calificando como constitutivas de un supuesto de fuerza mayor. En estos casos, aun concurriendo simultáneamente todos los requisitos explícitos e implícitos de los que el ET hace depender la validez del pacto de permanencia, su incumplimiento no generaría indemnización por daños y perjuicios a favor del empresario.

Por ejemplo: se acepta sin problemas que supone una vulneración del pacto de permanencia el hecho de que el sujeto voluntariamente cause baja en la empresa, o se coloque en situación de excedencia<sup>37</sup>. En sentido contrario, no podrá imputársele al trabajador incumplimiento de sus obligaciones contractuales cuando acaece una situación constitutiva de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados que resulte incompatible con el desempeño de la actividad productiva para la que inicialmente se contrató la prestación de servicios. Lo mismo cabría pensar de una condena de privación de libertad o de la elección para ocupar un cargo público, que por sus circunstancias resulte incompatible con el desarrollo de una actividad paralela. Se produciría así una extinción de la relación laboral (o en ocasiones, de una suspensión de las obligaciones principales) que, en virtud de las circunstancias que concurren en el caso, no puede considerarse contraria al «pacto de permanencia».

Al margen de estos supuestos que no plantean dudas interpretativas, corresponde analizar la calificación que merecen otras situaciones fácticas, en las que concurren diversas motivaciones personales, profesionales o familiares del trabajador, que se pretenden calificar como supuestos de fuerza mayor. Y al respecto, como ocurre en otros casos, y en aras a limitar lo menos posible el artículo 35 CE, nos encontramos con una interpretación jurisprudencial que intenta favorecer al máximo la libertad del trabajador dependiente para tomar en todo momento las decisiones que le resulten convenientes sobre su vida laboral. En virtud de este razonamiento se califican como supuestos constitutivos de fuerza mayor situaciones que, aun provocando consecuencias inevitables, si eran, o al menos hubieran debido ser, previsibles<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Véase la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2003 (AS 2003/2690).

<sup>38</sup> Sirva como ejemplo la STSJ de las Islas Canarias (Sala de lo Social) de 27 de julio de 2004 (JUR 2004/26553). En esta ocasión un piloto, tras solicitar su baja en las Fuerzas Armadas, concierta un contrato de trabajo con una empresa dedicada a los transportes aéreos y se compromete también a permanecer en la empresa al menos durante dos años. Curiosamente en esta ocasión, y a pesar de haber recibido una costosa formación especializada a cargo de la empresa, pese a que el trabajador presenta baja voluntaria en la empresa antes del transcurso del plazo fijado, no tiene que hacer frente a la indemnización por los daños y perjuicios puesto que el tribunal estima que su cese en realidad no fue voluntario sino forzoso, provocado por la circunstancia de que el Ministerio de Defensa deniega su solicitud de baja en las Fuerzas Armadas. Y es que la no aceptación de su baja en las Fuerzas Armadas desencadena, por imperativo legal, la incompatibilidad de su condición de militar con su trabajo en la compañía aérea. De tal forma, «el caso controvertido es un claro ejemplo de *vis major*; pues la prestación de trabajo por un militar, al que no se le concede la resolución de su compromiso con las Fuerzas Armadas, quedó extinguida por resultar legalmente imposible (art. 1.184 Código Civil), habiendo cumplido suficientemente el trabajador con poner, como hizo, en conocimiento de la empresa los motivos que determinan su baja involuntaria».

#### IV. INNOVACIONES DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 21.4 ET. EL *BONUS* COMO MODALIDAD SUI GÉNERIS DEL PACTO DE PERMANENCIA

Pero posiblemente la mayor novedad interpretativa subyace en la reciente sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006<sup>39</sup>. En su fundamentación jurídica se utiliza curiosamente una interpretación amplia del «pacto de permanencia», para evitar que prosperen ciertas limitaciones de la «libertad de trabajar» impuestas en virtud de un contrato de trabajo. Es decir, se potencia la calificación de algunos pactos contractuales como formas atípicas del «pacto de permanencia» para, a continuación, negarles eficacia vinculante por no respetar los requisitos legales y jurisprudenciales de validez.

El supuesto de hecho objeto de debate lo constituye la admisibilidad y eficacia de ciertos complementos retributivos de naturaleza variable, reconocidos en el convenio colectivo de empresa y denominados *bonus*, que se cuantifican en virtud de la productividad individual del trabajador, pero que únicamente se devengarán cada cierto período de tiempo. Es decir, para que el trabajador tenga derecho a percibir los citados complementos salariales, se exige expresamente que concurren dos requisitos simultáneamente: la consecución de unos objetivos predeterminados por la empresa y la permanencia del trabajador durante el tiempo referenciado, de tal manera que la ausencia del cualquiera de estos requisitos, aunque concorra el otro, deja automáticamente sin efecto la concesión del *bonus*.

##### 1. El *bonus* como complemento retributivo por productividad.

El artículo 26 ET permite incluir complementos retributivos en función de diversas circunstancias, y una de ellas puede ser, como es obvio, la productividad individual del trabajador. La amplia redacción de sus términos posibilita introducir plusas salariales sometidos a complejos criterios de cuantificación o, incluso, a la concurrencia simultánea de varios presupuestos de distinta índole. Y esto es precisamente lo que se exige en el caso objeto de debate.

Los hechos que se han de analizar son los siguientes: la trabajadora demandante prestaba servicios en una empresa farmacéutica como vendedora. En el texto de su convenio colectivo tiene reconocido un tipo peculiar de complemento retributivo denominado *bonus*, siempre que hubiese alcanzado unos objetivos concretos relacionados con el nivel de ventas de distintos medicamentos (cuya enumeración detallada, por su complejidad, resultaría demasiado extensa), y permaneciese en la empresa en el momento predeterminado para su devengo, que solo se producía una vez cada dieciocho meses.

La controversia se plantea en virtud de un proceso de reclamación de cantidad cuando la trabajadora, tras causar baja voluntaria en la empresa cuando solo habían transcurrido siete meses des-

<sup>39</sup> Aranzadi RJ 2006/8247.

de la fecha de cobro del último *bonus*, pretende que se le reconozca el derecho a cobrar la parte proporcional del dicho complemento variable en función de los objetivos alcanzados durante el período en el que efectivamente ha estado prestando servicios en la citada empresa. Por el contrario, y aunque no se discute la plena consecución de los objetivos de productividad individual predeterminados, la empresa, alegando que falta el requisito temporal exigido en el convenio colectivo, se niega a incluir dicha cantidad en el finiquito que presenta a la trabajadora.

Al realizar la valoración de los hechos, tanto el Juzgado de lo Social, como el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que se encargó de resolver el recurso de suplicación, coinciden en que, a la hora de concretar los complementos salariales, al tratarse de una mejora sobre los mínimos retributivos fijados por la ley y por el convenio colectivo aplicable, rige (en virtud de sistema de fuentes que incorpora el art. 3.1 ET) una estricta sujeción a la autonomía de la voluntad de los contratantes, y por lo tanto, en el reconocimiento o negación del derecho pretendido, debe atenderse estrictamente a los términos literales de la norma que contemplaba su concesión, en este caso, al texto del convenio colectivo de ámbito de empresa. Y al exigirse en él la concurrencia simultánea tanto de una productividad individual mínima como la permanencia del trabajador en la empresa en el momento fijado para la adjudicación de este complemento retributivo, solo podrá entenderse que se adquiere el derecho a percibir la citada cantidad cuando simultáneamente se perfeccionen los dos requisitos expresamente enumerados.

En caso contrario, cuando falte uno de los requisitos (como ocurre en el caso controvertido) únicamente podrá hablarse de una mera expectativa de derecho, que nunca llegó a materializarse y, por lo tanto, en caso de extinción de la relación contractual, no será susceptible de compensación económica.

Con estas respuestas, los juzgadores no hacían más que ajustarse a la línea interpretativa que, en la resolución de casos de este tipo, imperaba en la jurisprudencia de nuestro país antes del 23 de noviembre de 2006.

Por ese motivo, en los casos en los que el trabajador cesase voluntariamente en la empresa sin esperar a que se cumpliesen todos los requisitos exigidos para el devengo de un complemento retributivo de formulación híbrida –y aunque de forma indiscutible se hubiesen satisfecho algunos de los objetivos a los que se vinculaba la adjudicación del plus–, dicho complemento salarial no pasaba a integrar su patrimonio jurídico. Lo mismo ocurría cuando el trabajador era objeto de un despido disciplinario procedente, pues, en esos casos, de alguna manera, la extinción de la relación laboral había dependido de su exclusiva voluntad<sup>40</sup>.

En cambio, la respuesta jurisprudencial era totalmente distinta cuando la extinción del contrato de trabajo se producía en virtud de un despido improcedente. En esos casos, sí se reconocía el derecho del trabajador de cobrar la parte proporcional de complemento salarial en función de los objetivos alcanzados, aunque no fuese a formar parte de la plantilla de la empresa en la fecha fijada

<sup>40</sup> *A sensu contrario*, véase la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) de 30 de septiembre de 2004 (AS 2004/946). Y es que en esta ocasión no existe en realidad ningún incumplimiento imputable al trabajador que legitime un despido disciplinario, ni por tanto del que pueda derivar una indemnización a favor de la empresa por los daños y perjuicios que la marcha del trabajador pudiera provocar.

inicialmente para el devengo del plus. Y es que en caso contrario, de no reconocer esta posibilidad excepcional de pago proporcional, se estaría incurriendo en una vulneración del artículo 1.283 del Código Civil que impide «dejar el cumplimiento de las obligaciones al arbitrio de uno solo de los contratantes»<sup>41</sup>.

Siguiendo este criterio de la proporcionalidad, el Tribunal Supremo, muy recientemente, ha introducido una gran aportación interpretativa sobre el tema de la exigibilidad de complementos retributivos de cálculo complejo. Estimando el recurso de casación planteado, opta también por reconocer el derecho del trabajador a cobrar la parte proporcional del complemento que le hubiese correspondido en virtud de los objetivos alcanzados, aunque no hubiese llegado el momento temporal señalado para su devengo, y lo hace incluso aunque no se haya producido un despido, sino ante un desistimiento del trabajador. Por primera vez, el Tribunal Superior, al resolver un recurso de casación se atreve ahora a reformular abiertamente la línea interpretativa anterior.

Hasta ahora, en lo que respecta al reconocimiento y cuantificación de los complementos retributivos, el juzgador se venía ateniendo estrictamente a lo pactado por los contratantes. Y el *bonus* objeto de controversias, al tratarse tan solo de una modalidad sui generis de complemento retributivo por productividad no escapaba a esta práctica. De tal forma, y en virtud de los razonamientos señalados, si en el texto del convenio colectivo aplicable se exigían cumulativamente dos requisitos (consecución de objetivos y permanencia en la empresa) para que dicho complemento pudiese considerarse líquido y exigible, el juzgador venía ajustándose estrictamente a la literalidad del pacto. Aplicando estas consideraciones, para generar derecho a percibir el citado *bonus*, deben concurrir simultáneamente los requisitos de productividad y permanencia predeterminados en convenio colectivo. En caso contrario, de faltar cualquiera de ellos, aun cumpliendo el otro, el citado *bonus* se perdería.

Pero en esta ocasión, y en contra de lo que hubiera sido previsible, el alto tribunal no se limita a aplicar las normas civiles acerca de la libertad de pacto, sino que intenta reforzar las garantías del trabajador dependiente interpretando extensivamente las restricciones que al respecto formula el artículo 1.255 del Código Civil: «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Y para alcanzar este objetivo, califica determinados *bonus* como modalidades atípicas del pacto de permanencia. En virtud de esta peculiar interpretación se consigue que se reconozca el derecho de la trabajadora a cobrar la parte proporcional del plus que le correspondía por los objetivos alcanzados. El Tribunal Supremo aplica así la literalidad de la ley en beneficio del trabajador dependiente, evitando que prosperen ciertos acuerdos de voluntades mediante los cuales, de alguna mane-

<sup>41</sup> Esta es la fundamentación que inspira el fallo de la STS (Sala de lo Social) de 15 de febrero de 2006 (RJ 2006/2106) y de la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 11 de marzo de 2003 (AS 2003/3021), aunque en esta ocasión se hace hincapié en el hecho de que no fue el despido el factor que impidió al trabajador dependiente hacer efectivos los derechos que tenía reconocidos. En la misma línea, la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) de 30 de septiembre de 2004 (AS 2004/946) reconoce que la «retribución variable pactada no puede ser dejada sin efectos unilateralmente por la empresa por medio de un despido reconocido como improcedente», por lo que un «pacto de permanencia» que reúne todos los requisitos de los que el artículo 21.4 ET condiciona su validez, quedará automáticamente sin efectos cuando se produzca la extinción de la relación laboral a iniciativa del empresario sin concurrir causa imputable al trabajador.

ra, se están transgrediendo ciertos imperativos legales: en este caso, los requisitos de validez de los que el artículo 21.4 ET hace depender el «pacto de permanencia en la empresa».

Pero (y esto es lo importante) para llegar a esta conclusión no se apoya el Tribunal Supremo en una consideración excesivamente amplia de la buena fe contractual ni del principio de proporcionalidad y equilibrio entre las obligaciones propias de cada uno de los contratantes que podía haber llevado al juzgador a considerar abusiva la introducción de complementos retributivos que se hacen depender de requisitos tan estrictos. La gran aportación interpretativa que lleva aparejada esta sentencia radica en que el alto tribunal se aparta radicalmente de la línea mantenida por las instancias previas, y sustenta su fallo en un razonamiento perfectamente lógico, pero nunca utilizado hasta entonces. Será la finalidad de conseguir la continuidad del trabajador en la empresa que subyace en este tipo de *bonus*, la que obliga a valorar el pacto en el que se regula la adjudicación de este tipo de complemento retributivo, a la luz de las mismas exigencias de validez que el artículo 21.4 ET contempla para los «pactos de permanencia».

Jamás se ha negado que ciertos complementos retributivos intentaban fomentar la permanencia del trabajador en la empresa. En la práctica, los incentivos retributivos constituyen una de las medidas más eficaces de fidelizar al trabajador con su empresa <sup>42</sup>. En cambio, esta causa última hasta ahora nunca se había considerado suficiente como para calificar a estos *bonus* como modalidades atípicas del pacto de permanencia en la empresa <sup>43</sup>. La novedad de esta sentencia no radica en el hecho de que se proclame la finalidad vinculante de este tipo de complementos salariales, sino de que, para que las cláusulas de este tipo puedan surtir plenos efectos, se les exija por primera vez que cumplan todos los requisitos que legalmente se le exigen a un pacto de permanencia <sup>44</sup>.

Lo que sí es rotundamente novedoso es la aplicación extensiva de la regulación que establece el artículo 21.4 ET a ciertos pactos contractuales que, sin estar destinados expresa y directamente a garantizar la «permanencia del trabajador con su empresa», consiguen el mismo efecto pero a través de cauces indirectos.

Siguiendo este razonamiento, el convenio colectivo, al introducir esta medida destinada a vincular en el tiempo al trabajador con su empresa, no había tenido en consideración que se le procurara una «especialización profesional», ni la trabajadora que planteó la demanda (recordemos que se trataba de una simple comercial) desempeñaba una actividad en la empresa que se pudiese consi-

<sup>42</sup> Entre otros, véase ROMERO BURILLO, A.M., «Sistemas retributivos de participación de los trabajadores en la empresa», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 38, 2007, págs. 5 y ss.

<sup>43</sup> Es muy significativa la STS (Sala de lo Social) de 15 de febrero de 2006 (RJ 2006/2106) en la que se reconoce abiertamente la doble finalidad de incentivar la productividad y potenciar la permanencia del trabajador en la empresa que perseguen ciertos complementos retributivos.

<sup>44</sup> Y es que desde hace años, jueces y tribunales reconocen el efecto fidelizador y vinculante de este tipo de pluses. Dichos *bonus* tendrían por tanto una finalidad doble, admitida de forma generalizada: por un lado pretender incentivar la productividad e implicación del trabajador con su empresa; y por otro, garantizar su permanencia el tiempo suficiente como para cumplir las expectativas empresariales. Ahora bien, la posibilidad de que con el reconocimiento de un *bonus* el trabajador en realidad hubiese asumido un peculiar de compromiso de permanencia en la empresa, tan solo se había planteado de forma tímida en las decisiones judiciales anteriores a la STS de 23 de noviembre de 2006 [véase, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Sevilla, (Sala de lo Social) de 30 de septiembre de 2004 (AS 2004/946)].

derar «necesaria para poner en marcha determinados proyectos o realizar un trabajo», cuya marcha anticipada pudiese generar un perjuicio económico, cuantificable e indemnizable para su empresario. Pero lo que es más importante, si se considera al *bonus* como un tipo peculiar de pacto de permanencia, y al estar dicho *bonus* reconocido en el texto del convenio colectivo de empresa, en virtud de la tajante interpretación restrictiva con que la jurisprudencia aplica el artículo 21.4 ET, no será tampoco este cauce formal el apropiado para estimar cumplido el requisito de que dicha previsión se pacte «por escrito», pues se tiende a endurecer la previsión literal, exigiendo que dicho pacto se incluya expresamente en el texto del contrato de trabajo <sup>45</sup>.

Primará entonces la finalidad del pacto (conseguir la permanencia del trabajador en la empresa) y no su calificación o formulación expresa (mero complemento retributivo). Al mismo tiempo, siempre hay que tener en cuenta el principio de conservación de los contratos que recoge el artículo 9.2 ET, en virtud del cual se le permite al trabajador conservar el *bonus* y con él su complemento retributivo por productividad, pero en cambio elimina el condicionamiento de la permanencia en la empresa que, al no respetar los requisitos mínimos de validez exigidos en el artículo 21.4 ET, se considera abusivo y, por tanto, nulo. Es decir, en virtud de este fallo, se produce un replanteamiento de las posibles formas que puede adoptar un pacto de permanencia. Para llegar a esta conclusión el Tribunal Superior parte de una interpretación finalista del pacto de permanencia, y, en virtud de ella, realiza su comparación con otro tipo de pactos convencionales y, contractuales que persiguen la misma finalidad. Será el *bonus* una de las posibles modalidades que puede adoptar el pacto de permanencia y, por lo tanto, a juicio del tribunal, debe estar sometido a las mismas limitaciones y condicionamientos de validez que el ET impone en su artículo 21.4 <sup>46</sup>.

Ahora bien, al margen de la rabiosa innovación interpretativa que se desprende de la sentencia referenciada, su valor teórico debe analizarse con las debidas reservas. Y es que por el momento solo existe una única resolución en este sentido, por lo que, aunque puede dejarnos entrever cuál va a ser la futura línea interpretativa que rijan la aplicación judicial del derecho, no es suficiente todavía para aplicarle correctamente la denominación de «interpretación jurisprudencial» en los términos que precisa el Código Civil.

## 2. El *bonus* como premio a la vinculación del trabajador y su posible inadecuación a la reciente Ley de Igualdad.

No todas las retribuciones complementarias que se vienen calificando como *bonus* pueden considerarse modalidades atípicas del pacto de permanencia. Tan solo un tipo muy concreto de estos pluses impone condiciones lo suficientemente estrictas como para poder atribuirles este carácter.

<sup>45</sup> Véase *supra*, nota 17.

<sup>46</sup> El TS se muestra muy contundente al respecto, y manifiesta que «no puede servir de excusa para eludir el pago (del *bonus*) la alegación empresarial de que el abono está condicionado a la permanencia de un determinado tiempo de prestación de servicios, porque en muchos supuestos se forma a un trabajador dándole un valor de mercado que antes no tenía y una vez formado el trabajador se va a trabajar a otra empresa con el consiguiente perjuicio empresarial, porque con ello en realidad se está queriendo aludir al pacto de permanencia al que se refiere el artículo 21.4 ET, sin cumplir ninguno de los requisitos que este precepto exige».

El complemento objeto de análisis y calificado como *bonus* constituía una suerte de complemento salarial por productividad, cuyo devengo no se hacía depender exclusivamente de la consecución de determinados objetivos de ventas sino también de la permanencia en la empresa. De tal forma que para tener derecho al citado complemento se exigían cumulativamente dos requisitos: alcanzar o superar los objetivos de productividad previamente indicados por la empresa, y permanecer en ella hasta el momento oportuno.

Pero existen también otros complementos retributivos calificados como *bonus* que no se hallan directamente relacionados con la productividad del trabajador sino con su antigüedad en la empresa o su falta de absentismo. Con ellos se intenta también potenciar la fidelización del trabajador con la organización productiva de la que forma parte, pero a través de procedimientos distintos<sup>47</sup>.

Así, los problemas interpretativos que plantea el complemento variable por productividad cuando se vincula a la permanencia del trabajador en la empresa, no surgen cuando el plus salarial se hace depender de unos requisitos temporales que lo convierten tan solo en una modalidad peculiar de complemento salarial por antigüedad. Se premiará entonces la vinculación del trabajador con su empresa, no en virtud de su rendimiento individual cuantificado en función de su productividad material, sino tomando como punto de referencia el número de jornadas hábiles en las que el trabajador ha prestado servicios a lo largo del año<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Este peculiar tipo de complemento salarial que se devenga en función de la presencia efectiva del trabajador en el lugar de trabajo cada período anual es objeto de debate en el caso que resuelve la STS (Sala de lo Social) de 26 de enero de 2006 (RJ 2006/2227).

<sup>48</sup> Esta es la finalidad que persigue el complemento «por puesto de trabajo» establecido en el convenio colectivo de un gran centro comercial cuya legitimidad se discute en la STS (Sala de lo Social) de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/3500). En esta ocasión, dicho complemento solo lo perciben los trabajadores que hayan permanecido en la empresa durante un período mínimo de tiempo (en este caso, un año). Así, una vez adquirido el derecho a percibir el citado complemento, cada trabajador percibirá un complemento retributivo mensual predeterminado en función del puesto de trabajo que desempeña. Debido a los requisitos de los que se hace depender su devengo, ni los trabajadores de nuevo ingreso, ni los temporales percibirán el llamado «complemento por puesto de trabajo». El alto tribunal, pese a todo, considera que «la percepción de una retribución económica atendiendo, entre otros extremos, a la vinculación del trabajador no constituye un dato que permita fundamentar la existencia de un trato desigual, constitucionalmente inadmisibles. Establecer una especial retribución por razón de la permanencia en la empresa es de suyo una decisión que presenta los caracteres de objetiva y razonable, que sirve para establecer una diferencia económica, en todo caso justificada, entre quienes hayan cumplido o no ese requisito de permanencia». Muy recientemente el TS al resolver diversos recursos de casación por unificación de doctrina ha perfilado esta respuesta. Así, especifica que también los trabajadores temporales de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos tendrán derecho a percibir el «plus convenio» o «complemento por permanencia y desempeño» siempre y cuando, en virtud de su relación temporal, hayan permanecido vinculados a la empresa el tiempo necesario para estimar completado el período temporal de permanencia del que se hace depender el devengo del plus. A juzgar por ello, se puede concluir que, aunque determinados *bonus* se consideren modalidades atípicas del pacto de permanencia en la empresa, y como tales les son exigibles los mismos requisitos de validez que enumera el artículo 21.4 ET, otros complementos retributivos, de naturaleza variable, atendiendo al período temporal que utilizan como parámetro de cómputo, no tiene tanta intensidad como para poder aplicarles la misma calificación. Por ello, su validez, al menos por el momento, no se hace depender de su adecuación formal con el artículo 21.4 ET, sino con otros requisitos de razonabilidad, proporción, e igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa que se encuentren en las mismas circunstancias. Al respecto, son muy significativas las STS (Sala de lo Social) de 28 de marzo de 2007 (rec. n.º 4731/2007), de 29 de marzo de 2007 (149/2006), también de 29 de marzo de 2007 (rec. n.º 5178/2005) y de 4 de abril de 2007 (rec. n.º 323/2006). Por lo tanto, será entonces el criterio de la prestación continuada de servicios a lo largo del año y no la modalidad de contrato (temporal o indefinido) que vincule al trabajador con su empresa el criterio del que va a depender en definitiva el derecho a complemento controvertido, sin que pueda considerarse que supone una diferencia de trato injustificada el hecho de primar a los trabajadores por su permanencia (siempre y cuando dicha permanencia en la empresa también se

Mediante este tipo de complemento retributivo, y siempre dentro de la amplia consideración del artículo 26 ET, los trabajadores que hayan permanecido en la empresa durante la totalidad del año recibirán (como si se tratase de una tercera paga extra o de un peculiar complemento retributivo funcional de devengo anual) una cantidad que unas veces se denomina «plus de convenio» otras, «plus de vinculación» o incluso «complemento por permanencia».

A pesar de mantener muchos puntos de identidad con el tipo de *bonus* que se ha considerado una modalidad atípica del pacto de permanencia, jueces y tribunales no discuten por el momento su admisibilidad. Y es que se puede fidelizar al trabajador únicamente recompensando su implicación personal con la empresa (y con ello, su falta de absentismo), sin que con ello se esté limitando de ninguna manera su libre desistimiento. Es decir, será la intención de premiar la «antigüedad» y no la de asegurar la «permanencia» del trabajador la que inspire la concesión de este tipo de complementos retributivos, y dicho elemento causal, de frontera aparentemente difusa, se puede deducir partiendo de la duración temporal de la que se hace depender el citado plus:

Si se intenta vincular al trabajador con la empresa durante más de un año, posiblemente se haya incorporado a la relación una modalidad poco frecuente del «pacto de permanencia» y, por lo tanto, para que pueda surtir todas sus consecuencias, debe ajustarse a las limitaciones enumeradas en el artículo 21.4 ET.

Por el contrario, si el devengo del complemento retributivo objeto de debate toma como referencia temporal períodos iguales o inferiores al año, no se discute su plena admisibilidad como una modalidad sui géneris de complementos funcionales. En estos casos, dicha percepción salarial escapa a los condicionamientos que legal y jurisprudencialmente se le vienen exigiendo al pacto de permanencia pues, aunque ambos tipos de *bonus* son muy similares en cuanto a su devengo y finalidad, mantienen suficientes elementos diferenciadores como para someterlos a distintos presupuestos de validez<sup>49</sup>.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que los complementos retributivos que por el momento no han planteado problemas de adecuación con el artículo 21.4 ET, al no poder considerarse modalidades atípicas del pacto de permanencia, sí pueden encontrar serios problemas de admisibilidad en la nueva regulación que introduce en nuestro ordenamiento jurídico la reciente Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres<sup>50</sup>.

Y es que, el hecho de que ciertos complementos salariales se hagan depender de la efectiva prestación de servicios durante la mayor parte de las jornadas hábiles del año natural, impide indi-

---

le reconozca a todos trabajadores que cumplan los requisitos temporales predeterminados aunque mantengan una relación laboral temporal). En cambio, si los mismos problemas de desigualdad de trato se plantearan hoy, pero referidos esta vez a la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres posiblemente la decisión hubiera sido muy diferente. Y es que no se puede negar que el hecho de que una trabajadora pierda el derecho a cobrar el citado complemento salarial cuando no preste trabajo efectivo durante el año natural completo si durante ese período se ve obligada a colocarse en situación de baja maternal, constituye una medida de discriminación por razón de género, aunque formulada indirectamente.

<sup>49</sup> Al respecto, véase la STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social) de 30 de septiembre de 2004 (AS 2004/946).

<sup>50</sup> Véase BOE de 23 de marzo de 2007.

rectamente tener derecho a dicha cantidad salarial a las trabajadoras que hagan uso de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia, baja maternal, que decidan disfrutar temporalmente de una excedencia por cuidado de hijos, o que se vean afectadas por una situación de incapacidad temporal derivada de contingencias relacionadas con su embarazo. De tal forma, lo que en principio parece tan solo una modalidad de complemento salarial que intenta evitar el absentismo en la empresa, puede convertirse indirectamente en una fórmula de discriminar económicamente a las trabajadoras que perderían el citado complemento cuando deseen hacer uso de los derechos que la ley les reconoce para proteger la maternidad, a diferencia de lo que les ocurre a sus compañeros varones que presentan, al menos a priori, menos obstáculos para percibirlo.

En definitiva, aunque este tipo de complementos retributivos no pueda considerarse una modalidad atípica del pacto de permanencia, posiblemente no lograrían tampoco mantener su legitimidad si se interpretasen a la luz de la nueva redacción del artículo 17 ET, mejorado en virtud de la reciente Ley Orgánica 3/2007, aunque todavía jueces y tribunales no hayan tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, pues no se puede dudar que toda pérdida económica desincentiva la natalidad y, por lo tanto, vulnera indirectamente la igualdad que proclama el artículo 14 CE.

## V. EL FUTURO CONTROVERTIDO DE OTRAS TÉCNICAS DE FIDELIZACIÓN EMPRESARIAL

Si consideramos que la fundamentación jurídica que legitima el criterio interpretativo que inspira la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006 puede convertirse en la regla interpretativa general que orientará la admisibilidad de los pactos de permanencia en el futuro, se puede intuir que no solo los *bonus* serán objeto de controversias.

### 1. La verdadera finalidad de las *stock options*.

Y es que existen otro tipo de medidas destinadas a potenciar la permanencia del trabajador con su empresa, susceptibles también de cuantificación económica, sobre las que no se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo comentada<sup>51</sup>. De entre todas ellas, posiblemente sean las llamadas *stock options* las que presenten problemas más serios de interpretación, pues para que el trabajador pueda ejercer los derechos de opción sobre acciones que se le han otorgado necesita permanecer en la empresa hasta el momento fijado para materializar dicha opción. En caso contrario, la expectativa de derecho que había adquirido con la *stock option* se frustra.

<sup>51</sup> Acerca de la integración patrimonial de los empleados en la sociedad en la que prestan servicios véase MERCADER UGUINA, J., «Modernas tendencias en la ordenación salarial», *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, FDUCM, Madrid, 1967, pág. 211.

Doctrina y jurisprudencia reconocen la doble finalidad (retributiva y fidelizadora) de las *stock options*<sup>52</sup>, pero sobre lo que por el momento no existe una postura interpretativa clara es sobre la necesaria adecuación de los pactos en virtud de los que se concede a un trabajador el derecho a ejecutar determinado número de opciones sobre acciones, a los requisitos legales enumerado en el artículo 21.4 ET.

Si la previsión contractual estuviese directamente destinada a garantizar la permanencia del trabajador, no quedaría ninguna duda acerca de si aplicar o no las previsiones que contempla el artículo 21.4 ET. En cambio, al considerarse que dicha finalidad aparece contemplada tan solo de una manera indirecta, sus problemas de legalidad son más relativos<sup>53</sup>.

Ahora bien, figuras retributivas poco frecuentes, que por el momento se venían incluyendo sin problemas en la amplia redacción literal del artículo 26 ET, pueden encontrar serios problemas de validez si se intentan encuadrar en los estrictos requisitos a los que el artículo 21.4 ET condiciona la validez del pacto de permanencia, sobre todo en lo que respecta a la especialización profesional requerida (a la que no se suele condicionar el otorgamiento de las *stock options*) y al período máximo de validez del pacto (pues en muchas ocasiones el plazo de espera que se requiere para ejecutar la opción de compra sobre acciones es muy superior a esos dos años).

A diferencia de lo que ocurría con el *bonus* sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Supremo, las *stock options* están más relacionadas con el puesto de trabajo que el trabajador ocupa (puestos de responsabilidad) o con el tipo de relación laboral (sobre todo, con la relación laboral especial de alta dirección) que vincula al trabajador con su empresa, que con la rigurosa consecución de unos objetivos de productividad predeterminados. Por lo tanto, antes de extender sin remilgos la nueva interpretación del artículo 21.4 ET que ha proclamando el Tribunal Supremo sobre los *bonus* a otras técnicas de retribución variable, posiblemente sea oportuno esperara a ver cuál es la interpretación y aplicación que sobre los artículos 26 y 21.4 ET realiza la jurisprudencia, con el fin de ver si toman en consideración, además de la finalidad de garantizar la permanencia del trabajador con su empresa, otros condicionamientos coadyuvantes.

## 2. Medidas de protección social complementaria a cargo de la empresa.

Más problemas de interpretación generan otras técnicas de fidelización empresarial a las que no puede reconocérsele naturaleza retributiva. Se trata de medidas calificadas como de «protección

<sup>52</sup> Entre otros, véase MOLINA NAVARRETE, C., «La dimensión jurídico-laboral de los *employee stock options plans*», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 229, 2002; CAVAS MARTÍNEZ, F., «Aspectos jurídico laborales de las *stock options*», *Aranzadi Social*, n.º 2, 2002; LUJÁN ALCARAZ, J., «La participación retributiva de los trabajadores en la empresa», en *Estudios sobre el salario*, AA.VV., Bomarzo, Albacete, 2004; PRADAS MONTILLA, R., «Salario y técnicas de incorporación o de fidelización de los trabajadores», *Documentación Laboral*, n.º 63, 2000; NIETO ROJAS, P., «La participación de los trabajadores en el capital social mediante operaciones de asistencia financiera. Especial referencia al artículo 81.2 LSA», *Justicia Laboral*, n.º 29, 2007, pág. 83; MELLE HERNÁNDEZ, M., «Incentivos a la dirección y gobierno de empresas: el caso de las *stock options*», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 214, 2001; y AA.VV. (LANDA ZAPIRÁIN, J.P. coord.), *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2004.

<sup>53</sup> La STS de 26 de enero de 2006 (RJ 2006/2227) reconoce expresa y tajantemente que las *stock options* «no están destinadas solo a compensar la fidelidad o mantenimiento continuado de la relación laboral» sino que también «pretenden actuar como una contrapartida o contraprestación al trabajo realizado».

social complementaria», y que, como tales, están destinadas a ofrecerle al trabajador una mejora voluntaria sobre el nivel de protección que garantiza el sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, carecen de naturaleza salarial, y por ello resulta más dudoso, si cabe, aplicarles el mismo criterio interpretativo que ha manifestado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de noviembre de 2006.

Y es que, en el caso objeto de debate sobre el que se pronunció el Tribunal Supremo, se trataba de determinar hasta qué punto cierto complemento de retribución variable tenía como objetivo garantizar la permanencia del trabajador con su empresa y, por lo tanto, le debían ser exigibles los mismos requisitos de validez que, con carácter general, proclama el artículo 21.4 ET. Ahora bien, la vocación de permanencia que parece obvia en el caso del *bonus* controvertido, no parece tan clara cuando se aplica sobre otras medidas extrasalariales<sup>54</sup>.

Pero no será tan solo la distinta naturaleza jurídica (salarial en un caso, y extrasalarial en otro) que presentan los distintos conceptos económicos que se intentan comparar en este momento, sino la diferente regulación jurídica de la que son objeto unos y otros, la que permita ofrecer una respuesta distinta a cada uno de estos supuestos. La mayor diferencia radica en que la Ley de Ordenación del Seguro Privado, en su disposición adicional primera, impone a las empresas la obligación de externalizar sus compromisos por pensiones. Y aunque este tipo de pactos no constituye los únicos tipos de protección social complementaria que pueden acordarse, sí van a representar su sector más importante. Por medio de esta obligación de contratar con entidades independientes la cobertura de los riesgos a los que se ha comprometido la empresa se intenta garantizar no solo la efectividad de los derechos adquiridos por el trabajador en caso de insolvencia empresarial, sino también que el trabajador conserve sus derechos independientemente de las vicisitudes que sufra su vida laboral, incluso aunque los cambios se produzcan en virtud de su exclusiva voluntad.

Por lo tanto, aunque no se duda de que este tipo de compromisos empresariales genera un efecto fidelizador sobre el trabajador, atribuirle a las mejoras voluntarias el objetivo último de lograr y garantizar la permanencia del trabajador durante cierto período de tiempo parece excesivo, pues desde el momento en que la ley le permite al trabajador rescatar los planes y fondos de pensiones que a su nombre ha iniciado el empresario, y mantenerlos a su nombre al margen de la vida de la relación laboral en el seno en el que se iniciaron, dicha vocación de garantizar la permanencia se diluye considerablemente.

Ante todo lo expuesto, posiblemente no sea demasiado descabellado intuir que ante la nueva ampliación de los pactos de permanencia por vía interpretativa que ha iniciado la Sentencia del Tribunal Supremo referenciada, las empresas intentarán conseguir el mismo efecto fidelizador pero no ya a través de complementos retributivos de devengo complejo, sino estableciendo más y mejor dotadas medidas de protección complementaria, a las que por el momento no les son exigibles los mismos

<sup>54</sup> Ahora bien, aunque la jurisprudencia no suele discutir la finalidad de estas medidas de conseguir la permanencia del empleado en la plantilla de la empresa ni su naturaleza extrasalarial no se plantea por el momento la necesaria adecuación de este tipo de pactos con el artículo 21.4 ET. Al respecto, véase, entre otras, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 11 de marzo de 2003 (AS 2003/3021). En ella se reconoce que el «premio de jubilación» que perciben los trabajadores que se jubilen en la empresa en un pago único persigue el objetivo de «asegurar la continuidad de los servicios profesionales del empleado».

requisitos de validez que sí se le exigirían a otras medidas económicas destinadas a potenciar la permanencia del trabajador en su empresa, y que, habida cuenta de su naturaleza jurídica extrasalarial, tampoco son objeto de cotización.

## VI. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 21.4 ET COMO INDICIO DE LABORALIDAD

Aunque el «pacto de permanencia» pretende un objetivo distinto a aquel que se intenta conseguir a través de los «pactos de exclusividad», no se puede negar que ambos compromisos se encuentran íntimamente unidos en la práctica y suelen presentarse simultáneamente.

Ni el «pacto de exclusividad» ni el «pacto de permanencia», en principio y considerados en abstracto, sirven por sí solos para determinar la naturaleza jurídica de una relación, pues se trata de alternativas de organización perfectamente lícitas y admisibles tanto en el seno de una relación laboral como en un vínculo civil o mercantil. Y es que expresamente el artículo 21 ET permite incluir en el contrato de trabajo, dentro de ciertos límites, tanto el «pacto de plena dedicación» como «el pacto de permanencia en la empresa». Al mismo tiempo, también nuestro ordenamiento jurídico, legitimaría este tipo de compromiso en el seno de una relación de naturaleza civil, amparándolo en la «libertad de pacto» que caracteriza a los contratantes civiles (art. 1.255 Código Civil) <sup>55</sup>.

De esta manera, aunque toda cláusula contractual que persiga alguno de estos objetivos estaría limitando la libertad constitucional de profesión u oficio (art. 35 CE), siempre que se mantenga dentro de sus respectivos límites legales, salvaría su validez gracias a la «libertad de empresa» que proclama el 38 CE <sup>56</sup>. Estas opciones demuestran que la dependencia económica puede existir tanto entre un trabajador dependiente y su empresario, como entre un trabajador autónomo y su cliente principal, por lo que su apreciación no tiene fuerza suficiente ni para afirmar ni para negar la naturaleza laboral o civil de la relación cuya naturaleza jurídica se deba valorar <sup>57</sup>:

Cualquier pacto de exclusividad, tanto cuando se ha incluido en seno de un vínculo laboral como civil o mercantil –sobre todo cuando se pone en relación con cierta duración temporal– genera una «vinculación económica» entre el sujeto que presta el servicio y aquel que lo recibe y retribuye en exclusiva, puesto que ocupa la posición de su único cliente.

<sup>55</sup> Entre otras, la SAP de Segovia de 18 de diciembre (JUR 2003/82657) –jurisdicción civil– legitima la existencia de un pacto de exclusividad entre dos empresarios independientes en un contrato de explotación exclusiva de máquinas recreativas. Teniendo esto en cuenta, es fácil concluir que el «pacto de exclusividad» puede presentarse lícitamente tanto en el seno de una relación civil como de una relación laboral, por lo que, por sí solo, carece de valor indiciario, ni a favor ni en contra de la laboralidad de la relación controvertida.

<sup>56</sup> Límites que en ámbito civil lo marcaría el artículo 1.255 Código Civil y que en la esfera laboral se plasman en el artículo 21 ET. Valga como ejemplo la ya citada SAP de Asturias, de 25 de noviembre (AC 2004/392). No se discute en ningún momento la plena admisibilidad de un pacto de exclusividad que caracteriza a la relación mercantil que existe entre dos empresas.

<sup>57</sup> En este argumento tiene su razón de ser el Capítulo III de la Ley 20/2007, a través del que se establece el «Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente».

Ahora bien, bajo ciertas circunstancias y en un contexto muy concreto, la «exclusividad de derecho» que deriva de la concurrencia de un «pacto de exclusividad» y un «pacto de permanencia» entre los mismos contratantes aparentemente civiles, puede funcionar como un indicio de laboralidad muy contundente, aunque, curiosamente y pese a su obviedad, la jurisprudencia todavía no se ha pronunciado de manera clara. Así, el hecho de que el «pacto de exclusividad», en principio y por sí solo, posea un valor indiciario neutro, no impide que en ciertas circunstancias pueda facilitar la identificación de la naturaleza jurídica del vínculo <sup>58</sup>.

En primer lugar, es fundamental destacar que, entre las cinco características esenciales de la laboralidad, será la nota de «trabajo personal» la que permita redescubrir en la «exclusividad» <sup>59</sup> (cuando esta se presenta unida a la «continuidad») un rasgo de dependencia jurídica <sup>60</sup>. En caso contrario, cuando no sea esencial la identidad del prestador del servicio para cumplir el objeto del contrato, o se contrate con una persona jurídica, la continuidad y la prestación exclusiva del servicio para un cliente principal, perderá toda su trascendencia, puesto que faltaría de todas maneras un presupuesto esencial del contrato de trabajo <sup>61</sup>.

Prestandose un trabajo personal, existe una poderosa vinculación entre «exclusividad» y laboralidad todavía muy poco explorada. Se pone de manifiesto cuando en un contrato aparentemente

<sup>58</sup> En la resolución el Tribunal de Defensa de la Competencia, de 22 de marzo (AC 1994/1634), la jurisdicción administrativa, –aunque en un proceso destinado a valorar si se ha limitado la libertad de participación en el mercado en una relación contractual entre empresas, y no con el fin de determinar si existe laboralidad encubierta– reconoce la relación que existe entre «el pacto de exclusividad» y la «dependencia económica» en una relación productiva que se prolonga a lo largo del tiempo. Es muy interesante el dato de que el propio Tribunal no considera que este tipo de relaciones contractuales pueda ser calificado como «desleal», a pesar de que «se esté explotando una situación de dependencia económica de los clientes respecto a sus proveedores».

<sup>59</sup> La «personalidad» entendida como una suma de tres vertientes imprescindibles: la prestación del servicio por una persona física; infungible; y la configuración de un contrato de actividad y no de resultado, a pesar que la prestación de servicios pueda materializarse en ocasiones en un resultado concreto y tangible. De esta manera, es irrelevante a la hora de intentar descubrir una relación laboral encubierta que una empresa con personalidad jurídica propia, independiente de la de sus socios, realice su actividad profesional de manera exclusiva para un cliente principal, del que dependa económicamente, porque nunca podrá concurrir el requisito de la «personalidad» inherente para concertar un contrato de trabajo –salvo que concurran en el caso suficientes indicios de fraude como para levantar el velo de la persona jurídica–. Esto es lo que ocurre entre un montador de cocinas y una empresa dedicada a la venta de muebles en el caso que resuelve la STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 1999 (AS 1999/1268). La colaboración habitual en la actividad productiva de ambos sujetos, lleva al juzgador a apreciar ciertos rasgos de «dependencia jurídica» derivados de la exclusividad del servicio. En esta ocasión, se aprecia un concepto muy sutil de «integración productiva» (como modalidad atenuada de la clásica subordinación empresarial), pero suficiente para sustentar la calificación laboral de la relación controvertida, a pesar de estar encubierta bajo la apariencia formal de un arrendamiento civil de servicios.

<sup>60</sup> Así, el pacto de exclusividad no hace perder a la relación su carácter civil, porque, a pesar de haberse entablado con una duración temporal extensa, se hace con una persona jurídica (con lo que desaparecería una nota constitutiva del contrato de trabajo y con ella cualquier pretendida naturaleza laboral de la relación). Esto es lo que ocurre en el caso que resuelve la SAP de La Coruña de 15 de mayo (JUR 2002/15681). Es esta ocasión, el «pacto de exclusividad» que existe entre las partes podrá limitar la libre competencia de uno de los contratantes, pero no tiene suficiente fuerza como para emplearlo como punto de apoyo revelar la laboralidad encubierta de una relación controvertida. Y es que de todos modos falta la nota de la «personalidad» esencial en cualquier prestación deservicios dependientes.

<sup>61</sup> Esta reflexión obliga a considerar intrascendente la exclusividad en los fenómenos en los que la prestación productiva se encomienda a una empresa que reviste en el tráfico jurídico la forma de persona jurídica; y también en los supuestos en los que el profesional autónomo con el que se contrata personalmente cuenta con personal dependiente a su servicio que se encargan materialmente de realizar el objeto del servicio contratado.

civil existe un compromiso expreso de exclusividad y continuidad en la relación, de tal intensidad que puede afirmarse que es potencialmente capaz de excluir la libre participación en el mercado que debe acompañar cualquier prestación de servicios por cuenta propia. Apreciando esta nueva relación causal, se abre una vía todavía poco utilizada pero muy efectiva para dar lugar a un fenómeno de *vis extensiva* del ámbito del Derecho del Trabajo <sup>62</sup>.

Y es que el pacto de exclusividad inserto en un vínculo civil suele aparecer acompañado de un «pacto de permanencia» o, lo que es lo mismo, de un compromiso de «continuidad» en la prestación de servicios en el tiempo, que valorados conjuntamente y prolongados en el tiempo, pueden conseguir el efecto de excluir la «plena autonomía» que caracteriza a los contratantes civiles.

Conceptualmente se parte de la siguiente reflexión: aquellos pactos demasiado rigurosos que se presentan en el seno de un contrato calificado como civil, pero que por su contenido estén restringiendo al máximo la «libertad de participación en el mercado de bienes y servicios» del sujeto que realiza la actividad productiva, en realidad estarán haciendo desaparecer un rasgo esencial de todo trabajo autónomo <sup>63</sup>; pues al faltar una de sus notas constitutivas, se excluye sin lugar a dudas la plena autonomía del servicio y se habrá de considerar necesariamente que la participación productiva se ha estado desarrollando en régimen de dependencia jurídica. En todos los demás supuestos, los pactos de exclusividad seguirán siendo elementos «neutros», amparados en abstracto por el artículo 1.255 del Código Civil, sin valor de ninguna clase, ni a favor ni en contra de la laboralidad <sup>64</sup>.

Teniendo esto en cuenta, resulta fundamental determinar qué intensidad tiene que tener la limitación contractual de la participación en el mercado para considerar que verdaderamente está vulnerando un presupuesto esencial de los contratos civiles. Y, para ello, deberán tenerse en cuenta diversos factores:

<sup>62</sup> Teniendo esto en cuenta, el pacto de exclusividad sería admisible tanto en una relación laboral (art. 21.1 ET) como en un vínculo civil, siempre y cuando este pacto de exclusividad no tuviese tal intensidad que fuese capaz «de producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado». La SAP de La Coruña de 15 de mayo (JUR 2002/215681) reconoce que un pacto de exclusividad que implique un reparto de mercados para las empresas que lo suscriben será nulo de pleno derecho, no surtiendo efectos ni frente a las partes ni frente a terceros, por ser un ejemplo de práctica impeditiva, restrictiva o de falseamiento de la libre competencia. Salvo esta limitación, en los demás casos, el pacto de exclusividad estaría legitimado por la libertad de pacto que caracteriza a los contratantes civiles. Ahora bien, la intensidad del pacto de exclusividad en el seno de una relación calificada como civil, que como regla general solo puede producir controversias acerca de la posible lesión a la libre competencia, cuando se introduce en una relación en la que el sujeto encargado de prestar el servicios actúa como persona física, (es decir, sin constituir una sociedad) con personalidad jurídica propia, y sin trabajadores a su servicio, la intensidad del pacto de exclusividad puede dar lugar a consecuencias mucho más graves, llegando incluso a poner en entredicho la naturaleza de la relación jurídica que vincula a las partes, considerando que bajo la apariencia de la relación civil que declaran los contratantes verdaderamente se encubre una relación laboral, caracterizada por la dependencia jurídica.

<sup>63</sup> El hecho es que, cuando el pacto en cuestión limita hasta tal punto la «libertad de empresa» de uno de los contratantes –aparentemente civiles–, entendida ahora como libertad de participar en el mercado de bienes y servicios ofertando su prestación de servicios –formalmente autónomos– y adaptándolos de la manera que estime oportuna a las preferencias de la demanda, lo que se está haciendo es dar lugar a un fenómeno de «ajenidad en el mercado». Esta consideración hace que se pueda justificar que verdaderamente las partes habían dado lugar a una prestación de servicios dependiente y por cuenta ajena.

<sup>64</sup> Salvo la ya citada trascendencia que la «dependencia económica» pueda llegar a tener sobre la «dependencia laboral».

En concreto, tienen un valor indiciario potencial aquellos compromisos que únicamente imponen un deber de dedicación exclusiva y permanencia a uno de los contratantes, porque son los supuestos en los que verdaderamente se podrá constatar la desigualdad de posiciones contractuales<sup>65</sup>. A su vez, dentro de este grupo, habrá que atender a la duración temporal del compromiso, pues se puede constatar fácilmente que la intensidad del «pacto de exclusividad» depende de su duración temporal.

Conceptualmente, y si interpretamos las previsiones que se incluyen en los artículos 21.1 y 21.4 ET a la luz de los principios que proclaman los artículos 35 y 38 CE, no parece que exista ningún obstáculo que impida compatibilizar la naturaleza laboral de un vínculo con la inclusión en su articulado de un pacto de exclusividad y/o continuidad de escasa duración. Precisamente para concretar qué se entiende por «escasa duración», parece lógico recurrir analógicamente a la limitación temporal que la propia ley le impone a los pactos de permanencia en la empresa. Y es que si la exclusividad se vincula al pacto de permanencia en la empresa, debe ajustarse estrictamente a los límites que el ET prevé para ambos tipos de compromisos.

Pero esta no es la única aplicación analógica de la que puede ser objeto el artículo 21.4 ET. El mismo límite temporal puede servir como punto de referencia al que recurrir en los casos en los que se intenta demostrar la naturaleza laboral de un vínculo, aparentemente calificado como civil, pero en el que, en virtud de ciertas circunstancias, se ha restringido desmesuradamente la «plena autonomía» que identifica a los contratantes civiles.

En virtud de este razonamiento y debido a su escasa entidad, parece lógico determinar que carecen de valor indiciario a aquellos pactos que exijan una exclusividad de menos de dos años de duración. Por el contrario, no parece descabellado desconfiar de los pactos civiles que imponen la permanencia y exclusividad entre los contratantes durante más de dos años.

Para calificar correctamente la relación controvertida, el intérprete debe atender básicamente a dos criterios: la ajenidad como nota esencial y exclusiva de la relación laboral, y la autonomía de la voluntad, como principio básico de la contratación civil. En este caso, la presencia de una estará limitando el abanico de acción de la otra: es decir, ciertos compromisos contractuales por su intensidad son capaces de demostrar que la prestación de servicios se ha prestado en régimen de «ajenidad», con lo que de manera indirecta están afirmando también la laboralidad del supuesto, lo que equivale a negar que existe una plena autonomía de la voluntad entre las partes contratantes para regular la relación que ha nacido entre ellas.

La «libertad de empresa» aparecerá gravemente limitada cuando, en virtud de una cláusula contractual, se le está privando a un sujeto de la libertad de participar libremente en el mercado de bienes y servicios. Y si la limitación que se genera a través de los pactos de permanencia y exclusividad se mantiene durante el tiempo suficiente como para considerar que se está excluyendo la libre participación en el mercado que caracteriza a todo trabajo autónomo, verdaderamente se habrá

<sup>65</sup> En concreto, es particularmente frecuente que el pacto de exclusividad, en el seno de una relación aparentemente civil, afecte únicamente al sujeto que se compromete a realizar la actividad productiva, y no al sujeto que recibe dicha actividad, que puede recurrir también a otro tipo de colaboradores para satisfacer sus necesidades productivas.

dado lugar a una relación de naturaleza laboral y no civil (caracterizada entre otras cosas por su *ajenidad en el mercado*), a pesar de lo que formalmente han declarado los contratantes <sup>66</sup>.

Pero no todos los pactos de exclusividad y continuidad insertos en vínculos aparentemente civiles pueden llegar a tener valor indiciario. Y es que la libertad de pacto de la que disponen los contratantes civiles sirve para justificar gran parte de las limitaciones, siempre que estas no sean de tal intensidad que lleguen a coartar uno de los presupuestos esenciales de un contrato civil concertado con un profesional independiente: la libre participación en el mercado. Así, gran parte de los pactos contractuales que intentan conseguir la exclusividad o la continuidad en la prestación del servicio no son más que meras manifestaciones lícitas de la autonomía de los contratantes civiles (art. 1.255 Código Civil) sin suficiente valor como para entender que han servido para desvirtuar uno de los rasgos esenciales del trabajo autónomo e intrascendentes a efectos de identificación del vínculo.

La intensidad del deber de exclusividad es el dato que permite identificar los verdaderos indicios de laboralidad de cláusulas contractuales neutras. Y para poder determinar la trascendencia de la vinculación, la solución más acertada parece ser recurrir a la duración del período temporal en el que rige el compromiso de exclusividad.

La libertad de participación en el mercado es una característica esencial del trabajo autónomo <sup>67</sup>. Y si se desvirtúa, se estará configurando una relación de naturaleza jurídica distinta. Optar por un cri-

<sup>66</sup> De esta manera, las partes de un contrato civil podrán libremente incluir cláusulas tendentes a limitar la participación en el mercado de estos sujetos por un periodo de tiempo. Pero si la intensidad de la restricción es tal que se puede considerar que limita de alguna manera la *libertad de participar en el mercado* que caracteriza el trabajo autónomo, estará dando lugar a la «ajenidad en el mercado». Y su vez, la ajenidad en el mercado tiene fuerza suficiente para entender perfeccionada la nota de la «ajenidad», como elemento constitutivo del contrato de trabajo, con lo que se estará probando al mismo tiempo la «dependencia jurídica», íntima e indisolublemente relacionada con aquella.

<sup>67</sup> Contrastando ciertas valoraciones jurisprudenciales con la exposición de motivos de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, se infiere que son dos los rasgos inherentes al trabajo autónomo, de manera que negar la existencia de cualquiera de ellos equivale directamente a afirmar la laboralidad de la relación. El binomio trabajo dependiente/trabajo autónomo, que sirve para clasificar cualquier tipo de actividad productiva, se utiliza ahora para simplificar la constatación de la naturaleza laboral de un vínculo controvertido. Y estos rasgos consustanciales a la prestación de servicios por cuenta propia, que además se encuentran íntimamente relacionados entre sí, de manera que es difícil constatar la existencia de uno sin el otro, son:

- 1.º La titularidad de una organización productiva propia por pequeña que sea. Así se infiere de la STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 1999 (AS 1999/1268). La organización productiva puede estar compuesta por medios materiales o inmateriales, pero todos ellos de valor patrimonial, susceptibles de valoración económica. Existirá «organización empresarial propia» a pesar de que no abarque un local determinado, ni una maquinaria especializada, ni sus propios trabajadores dependientes, siempre que al menos aporte una organización particular y una forma concreta de ofertar el servicio con el fin de satisfacer las preferencias de la demanda, que garantice su aceptación en el mercado de bienes y servicios. Este elemento esencial del trabajo autónomo, en ocasiones, se diferencia con la dificultad de la prestación de servicios laborales cuando un trabajador autónomo es el que lleva a cabo directamente, de manera personal, y con unos medios o útiles de trabajo básicos y de escaso valor, la actividad productiva. Situaciones en las que frecuentemente se encubre una verdadera relación laboral bajo la apariencia de falso trabajo autónomo.
- 2.º Como expresamente declara la exposición de motivos de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), también es imprescindible para constituir válidamente una prestación independiente de servicios, que el sujeto en cuestión mantenga la libertad de participar en el mercado de bienes y servicios con plena autonomía. Las posibles limitaciones que permite el artículo 1.255 Código Civil no pueden llegar nunca al extremo de hacer desaparecer este rasgo esencial del trabajo autónomo, so pena de desnaturalizar la prestación de servicios por cuenta propia y dar lugar a una prestación laboral. Ahora bien, la trascendencia práctica de los pactos limitativos de la libre competencia demasiado estrictos, solo generan dudas en torno a la naturaleza jurídica de la relación, cuando el profesional en cuestión lleva a cabo

terio temporal concreto permitiría objetivar las decisiones jurisprudenciales y ofrecer en la identificación de la naturaleza jurídica de las relaciones humanas productivas cierta seguridad jurídica. En cualquier caso, a falta de otro punto de referencia temporal, puede ser muy útil acudir al límite de los dos años que incluye el artículo 21.4 ET.

Este criterio por el momento únicamente se puede inducir de ciertas decisiones jurisprudenciales (tanto en el ámbito de la jurisdicción civil como laboral) que de manera implícita respetan este límite temporal<sup>68</sup>; de la exposición de motivos de la Ley de Defensa de la Competencia<sup>69</sup>, y de las normas de derecho interno que persiguen aplicar en España las normas comunitarias de competencia<sup>70</sup>.

su actividad de manera personal. En caso contrario, al faltar de todas maneras un rasgo inherente a la prestación laboral como es el «trabajo personal», las prácticas limitativas serán sancionables, y los acuerdos entre empresas declarados nulos por su potencialidad lesiva de la libre competencia, pero nunca llegarán al extremo de introducir dudas a la hora de determinar la naturaleza civil o laboral del vínculo que une a las partes. Teniendo esto en cuenta, apreciar que falta un requisito esencial de trabajo autónomo permite simplificar la prueba de la dependencia laboral –o al menos de que existe en la relación controvertida suficiente margen de «integración productiva» como para declarar la naturaleza laboral de la relación, haciendo uso de la relación excluyente que respectivamente existe entre prestación de servicios por cuenta propia y la actividad por cuenta ajena en nuestro modelo productivo.

<sup>68</sup> El período de los «dos años» podrá considerarse el límite indicativo de una restricción excesiva de la libre participación en el mercado, y por eso, puede actuar hoy como un nuevo indicio de laboralidad. Y es precisamente esta referencia temporal la que utiliza la jurisprudencia, aunque de manera excepcional e indirecta, para valorar la licitud de ciertos compromisos civiles de exclusividad. En virtud de estos razonamientos, se podría concluir que, un pacto de exclusividad y continuidad sobre un trabajo personal que excediese dicha limitación temporal, haría desaparecer la libre participación en el mercado, y con ello, un rasgo esencial del trabajo autónomo. Esta conclusión se puede deducir de diversas sentencias que, por ese motivo, admiten sin reservas de ninguna clase la validez de un «pacto civil de exclusividad», que se limite a «un año»: implícitamente en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de diciembre, vía administrativa (AC 1996/2606). Si un pacto de escasa duración no es capaz de vulnerar la libre competencia, tampoco, como es lógico tendrá entidad suficiente para poder interpretarlo como un nuevo «indicio de laboralidad». En el mismo sentido, la SAP de Lérida, de 2 de marzo (AC 193/533). Expresamente reconoce el tribunal que: «regido pues por la autonomía de la voluntad, el pacto de exclusividad, y además limitado a un cierto tiempo (un año en este caso), como aquí ocurre, es plenamente válido, al no ser contrario a las leyes, a la moral o al orden público».

<sup>69</sup> La exposición de motivos de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, de 18 de julio, proclama que: «La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa». En el mismo sentido, los apartados b) y c) del artículo 3 de la misma ley considera que se podrán autorizar las prácticas que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos de aquellas; y que no consientan a las empresas participes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos y servicios contemplados».

Teniendo en cuenta estas afirmaciones, se puede interpretar en sentido contrario, que la libertad de participación en el mercado es una característica esencial de cualquier actividad empresarial. Pero una práctica limitativa que en principio solo da lugar a una práctica contraria a la libre competencia y, por ello, prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, cuando afecta a un aparente empresario, que realiza su actividad productiva de manera personal, dotado de una estructura productiva mínima, puede suscitar serias dudas acerca de la naturaleza jurídica de la prestación. Y es que en cierto contexto, las prácticas limitativas o excluyentes de la libre competencia no solo dan lugar a una conducta prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, sino que son capaces de eliminar uno de los rasgos inherentes al trabajo autónomo. Y si lo que parece una prestación profesional por cuenta propia carece de uno de los rasgos esenciales de la autonomía plena, directamente se está afirmando la dependencia del trabajo realizado. Dependencia jurídica, que por flexible que pueda llegar a ser, siempre permite probar la existencia de una verdadera relación laboral.

<sup>70</sup> El Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre (BOE de 23 de diciembre de 2004), regula la aplicación en España de las reglas europeas de competencia, valiéndose de los órganos nacionales. Reforma que «persigue el doble objetivo de asegurar una supervisión eficaz de la libre competencia, y de simplificar en la medida de lo posible el control administrativo». Cfr. exposición de motivos, cuyas bases ya sentó el reglamento del Conejo de la UE de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

Debido a este razonamiento, se puede afirmar que, si la plena autonomía es un rasgo esencial del profesional autónomo, ciertas cláusulas contractuales, introducidas en principio como una manifestación más de la libertad de pacto de los contratantes civiles, pueden llegar al extremo de hacer desaparecer el rasgo identificativo por excelencia del trabajo autónomo <sup>71</sup>.

En definitiva, se puede deducir que son al menos dos los argumentos, muy relacionados entre sí, que pueden utilizarse para legitimar el valor de indicio de laboralidad de cierto tipo de pactos de exclusividad. Uno es la privación de un rasgo esencial del trabajo autónomo, y otro es la presunción de dependencia jurídica amparada en la constatación de «ajenidad en el mercado», con lo que se pueden estimar cumplidos todos y cada uno de los cinco rasgos constitutivos de una relación laboral.

Ahora bien, a pesar de que existe un enlace lógico muy claro entre las limitaciones contractuales demasiado intensas de la libre participación en el mercado y su valor como nuevos indicios de laboralidad, por el momento, no gozan de una aplicación jurisprudencial contundente. La dificultad de su apreciación estriba en el hecho de que tales argumentos en realidad no sirven para identificar un rasgo directo de dependencia jurídica, sino que únicamente permiten su constatación por vía indirecta; es decir, no estarán aportando elementos probatorios a favor de la dependencia jurídica sino negando la presencia de uno de los elementos esenciales del trabajo autónomo, y deduciéndola en consecuencia. En particular, sería especialmente útil para revelar nuevas formas de simulación que bajo la apariencia de una colaboración civil prestada por un trabajador autónomo dependiente, en realidad estarán encubriendo una verdadera relación laboral <sup>72</sup>.

<sup>71</sup> No se discute que, para valorar la licitud de ciertos pactos contractuales, se ha de tener en cuenta su potencialidad para limitar o vulnerar de alguna manera la libertad de los contratantes para participar en el mercado. Ahora bien, la jurisprudencia, a la hora de determinar si se ha respetado la libre competencia entre los contratantes civiles, no se decanta por el momento por concretar a partir de qué duración el pacto de exclusividad está atentando contra la libertad de los contratantes. Puede que se deba dejar a la discrecionalidad del juez, que valore detenidamente los distintos criterios que entran en conflicto, y ofrezca una solución oportuna en cada momento. En este sentido, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de diciembre (AC 1996/1729) hace uso de este criterio a la hora de valorar la licitud de un pacto de distribución en exclusiva entre distintas empresas. Por las circunstancias del caso, y por las características personales de los contratantes, no se suscita en esta ocasión dudas de ninguna clase acerca de si el pacto en cuestión podría estar encubriendo en realidad una prestación laboral de servicios. Ahora bien, sí que se manifiesta con claridad que el respeto a la libertad de los contratantes civiles es un dato esencial para determinar la licitud de los pactos de exclusividad. Criterio interpretativo que podría extenderse a la hora de determinar la licitud o trascendencia de los pactos de exclusividad ante otras cuestiones, no ya para garantizar la defensa de la libre competencia en el mercado de bienes y servicios, sino para impedir que una relación laboral pase desapercibida encubierta bajo una forma jurídica que no le corresponde. El Tribunal de Defensa de la Competencia reconoce «los peligros de perturbación de la libre competencia que puede conllevar un sistema de exclusividad en la distribución», y por ello, hay que contemplar si tales conductas pueden resultar contrarias a la libre competencia en el mercado correspondiente». Pero entiende el tribunal que «no existe abuso en este caso mientras no haya también cierre del mercado que sería la cuestión decisiva para resolver el incidente en un sentido o en otro (...), y en este caso, el hipotético cierre del mercado no resulta suficientemente demostrado». Ahora bien, cuando el sujeto que ha pactado la exclusividad es una persona física que realiza una actividad productiva de manera continuada en el tiempo para un único contratante en régimen de exclusividad, sería apropiado concretar la duración lícita máxima del pacto de exclusividad como cláusula contractual introducida en una relación civil. Solo así se podrá saber con certeza, en qué supuestos el pacto de exclusividad excede el margen admisible de la autonomía de la voluntad de los contratantes a la hora de regular su relaciones productivas a través de un contrato civil, y llega al extremo de modalizar la naturaleza jurídica de la relación, dando lugar al margen de dependencia jurídica, suficiente como para estimar la existencia de un contrato de trabajo.

<sup>72</sup> En concreto, los argumentos citados son particularmente importantes para descubrir una situación de fraude de ley (art. 6.4 Código Civil) y que se materializa en el hecho de incluir pactos en principio lícitos y amparados por la «libertad de

Posiblemente la jurisprudencia actual no exprese este criterio de manera clara porque no coincide con un problema práctico demasiado frecuente. La mayoría de los pactos de exclusividad o bien tienen una duración muy concreta en el tiempo, o se concertan entre empresas dotadas de personalidad jurídica propia, y por lo tanto sin poder reconocer en ellas la nota de *trabajo personal* que define la prestación laboral de servicios.

A pesar de ello, el criterio interpretativo que se propone desde estas líneas coincide con las puntuales decisiones jurisprudenciales que de forma tangencial tocan este tema. Y es que por el momento, se admite sin reservas la licitud de un pacto de exclusividad concertado en el seno de una relación civil, de solo un año de duración<sup>73</sup>. En dicha respuesta, de alguna manera aparece latente la consideración de que de la intensidad del pacto deriva la potencialidad lesiva que en cada caso pueda llegar a tener el compromiso de exclusividad sobre la «libre participación en el mercado»<sup>74</sup>. Reflexión que se adecua perfectamente al límite temporal que se propone desde estas líneas.

Es decir, aunque por el momento el juzgador argumente solo que la escasa duración temporal del pacto impide que se atente contra un rasgo inherente del trabajo autónomo, de manera tácita, tal respuesta jurisprudencial estará respetando la afirmación anterior de que una vinculación cuya duración vaya más allá de los dos años privaría a un sujeto de su posibilidad de participar en el mercado libremente, con lo que la dependencia jurídica aparecería como la única alterativa posible.

## VII. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, se puede afirmar con contundencia el ímpetu renovado con la que, una cuestión aparentemente conocida y pacíficamente asumida en el ámbito laboral, inicia su aplicación práctica en el siglo XXI. De tal manera, resulta oportuno destacar las vicisitudes interpretati-

---

empresa» (art. 38 CE) y por la «autonomía de la voluntad» (art. 1.255 Código Civil) que amparan a los contratantes civiles, pero que en la práctica, están excediendo las fronteras de cualquier contrato civil, privando a la relación así configurada de uno de los elementos constitutivos del trabajo por cuenta propia, encubriendo un supuesto de real dependencia jurídica, bajo una forma que corresponde a una modalidad contractual lícita pero muy distinta a su verdadera naturaleza.

<sup>73</sup> Aunque es un problema de escasa litigiosidad, y además objeto de una línea jurisprudencial no del todo uniforme, se puede inferir que el respeto a la libertad de participar en el mercado, como característica inherente al trabajo autónomo, es el rasgo que se ha de utilizar para determinar el posible valor de ciertos pactos de exclusividad como indicios de laboralidad. Esta reflexión se manifiesta, aunque de manera tácita en ciertas sentencias. Aunque por el momento no constituyen una línea uniforme sí que tienen un fundamento teórico muy elaborado. En concreto, es particularmente llamativa la SAP de Lérida de 2 de marzo (AC 1993/533). En esta ocasión, ante la jurisdicción civil se plantea un problema de calificación de una relación jurídica en la que ambos contratantes habían pactado la exclusividad del sujeto que se comprometía a realizar la actividad productiva durante un año. El tribunal estimó entonces que: «regido pues por la autonomía de la voluntad, el pacto de exclusividad, y además limitado a un cierto período de tiempo, como aquí ocurre, es plenamente válido, al no ser contrario a las leyes, ni a la moral o al orden público».

<sup>74</sup> Aunque no se decanta por concretar ningún dato objetivo que se pueda utilizar como punto de referencia para valorar la intensidad del pacto de exclusividad, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de marzo (AC 1994/1634) apuntaba ya que no todos los pactos de exclusividad son fruto de una explotación abusiva de uno de los contratantes de su posición de dominio en el mercado.

vas que en los últimos tiempos ha experimentado un precepto jurídico cuya redacción literal parece, en principio, sencilla.

Tal y como se ha expuesto, a lo largo de estas líneas, son dos las aportaciones jurisprudenciales más novedosas y llamativas en lo que respecta a la aplicación práctica del artículo 21.4 ET, en el que se define y regula en el ámbito laboral, el «pacto de permanencia en la empresa».

Por una parte, jueces y tribunales, en los años que llevamos transcurridos del siglo XXI, empiezan a ofrecer una visión actualizada de las posibles limitaciones indirectas del artículo 35 CE, y con él, del Derecho al Trabajo que este proclama, que se producen a través de modalidades sui generis del «pacto de permanencia en la empresa» y que hasta ahora pasaban desapercibidas. Y es entonces cuando se empieza a desconfiar de ciertos complementos retributivos variables en virtud de los cuales el equilibrio de posiciones contractuales parecía resentirse. El objetivo vinculante que orientaba la concesión de ciertos *bonus* que hasta ese momento ocupaba una posición secundaria, prácticamente diluido en su finalidad retributiva, se revaloriza ahora y pasa a ocupar una posición notoriamente principal, compartiendo protagonismo con la finalidad retributiva de la que nunca nadie ha dudado. De tal forma, constituye un razonamiento lógico exigirle a tales previsiones contractuales los mismos requisitos legales que condicionan la validez de los pactos de permanencia, pues unos y otros, expresa o tácitamente, comparten idéntico objetivo.

Desde otro punto de vista, la limitación temporal de la que el ET hace depender la validez y eficacia de un pacto de permanencia impuesto en el seno de una relación laboral, empieza a ser objeto de nuevas aplicaciones. Se recurre entonces a la interpretación analógica de esta referencia temporal para utilizarla ahora como un indicio de laboralidad encubierta e impedir así que se produzca una merma de los derechos de los trabajadores. Y es que el propio artículo 21.4 ET contiene suficientes argumentos como para evitar que prosperen supuestos de falso trabajo autónomo.

Hay que incidir sobre el hecho de que estos nuevos razonamientos, aunque por el momento presentan una aplicación práctica escasa, sí son suficientes, al menos desde el punto de vista de la razón práctica, para permitirnos intuir cuál va a ser la línea formal a través de la que en el futuro, se va a canalizar la restricción interpretativa que desde hace años viene imperando en la aplicación jurisprudencial de cualquiera de los pactos enunciados en el artículo 21 ET. Pese a la gran innovación que introducen estas prácticas, y la atípica argumentación jurídica que las sustenta, no se puede negar que el Derecho al Trabajo reconocido en el artículo 35 CE actúa en todos los casos como fundamento último de la actuación del intérprete, que en todo caso intentará atender principalmente al equilibrio contractual y la buena fe que en cada caso manifiesten los contratantes.

En definitiva, una vez más, asistimos como espectadores a un proceso de adaptación del Derecho a las nuevas demandas sociales de protección a través de los giros de interpretación que provocan los órganos encargados de aplicar las normas jurídicas. Y esta interpretación se hace esta vez también, como viene siendo habitual, a favor del trabajador dependiente, impidiendo que prosperen limitaciones injustificadas de la libertad contractual, o a favor de los derechos laborales en general, impidiendo que pasen desapercibidos fenómenos de laboralidad encubierta.