

LAS RETRIBUCIONES VARIABLES DE ALTOS DIRECTIVOS,
O MIEMBROS DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, DE
EMPRESAS PERCEPTORAS DE FONDOS PÚBLICOS

VARIABLE REMUNERATION OF SENIOR MANAGERS OR MEMBERS OF
THE BOARD OF DIRECTORS OF PUBLICLY FUNDED COMPANIES

Carmen Ferradans Caramés
Profesora TU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Cádiz
Orcid: 0000-0001-6328-2840
carmen.ferradans@uca.es

RESUMEN: El establecimiento de complementos o pluses salariales variables puede plantear problemas interpretativos y de aplicación. No sólo por su propia naturaleza, sino también por las dificultades que muchas veces se advierten para determinar con certeza las condiciones de su devengo y por los obstáculos que en ocasiones se presentan para proceder a su exacta cuantificación y abono. En este trabajo se analiza el alcance y finalidad de las limitaciones impuestas al abono a altos directivos de retribuciones variables, cuando las sociedades contratantes han recibido financiación con cargo a fondos públicos para garantizar su solvencia.

PALABRAS CLAVE: altos directivos, *bonus*, retribución variable, Fondos de rescate públicos

ABSTRACT: The establishment of variable remuneration supplements or bonuses can cause interpretatives problems. Not only for their own nature, but also for difficulties that many times detect for determining with certainty the conditions for them to earn and for the obstacles that occasionally are presented for proceeding their exact quantity and payment. In this paper we aim at analyze the limitations of the

Recibido: 31-10-2022; Aceptado: 2-11-2022; Versión definitiva: 18-11-2022.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 6 (2022) 71-100
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i6.02>

payment to senior managements of variable remuneration, when the firms have received finance from State aid measures in order to guarantee solvency.

KEYWORDS: senior managers, bonus, variable remuneration, State aid measures

SUMARIO: 1. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ALTOS DIRECTIVOS. 1.1. Estructura. 1.2. Principios rectores de la retribución variable. 1.3. Indicadores financieros como criterio de determinación de la retribución variable. 1.4. Especialidades que rodean la retribución de los altos directivos y administradores de sociedades cotizadas. 2. LA CREACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS DE APOYO A EMPRESAS. 3. LA RETRIBUCIÓN VARIABLE DE ALTOS DIRECTIVOS TRAS LA OBTENCIÓN POR UNA EMPRESA DE FINANCIACIÓN CON CARGO A FONDOS PÚBLICOS. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ALTOS DIRECTIVOS

El RD 1382/1985, de 1 de agosto, señala que la relación laboral especial de los altos directivos se caracteriza por la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, “debido a la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes”¹, delimitándose en el artículo 1.2 del precepto reglamentario que

“Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

De ello deriva que en la relación que une al directivo con la empresa goce de un amplio margen la autonomía de la voluntad individual², que, empero, en todo caso debe sujetarse a las normas de este reglamento que sean de aplicación, así como al Estatuto de los Trabajadores y el resto de la legislación laboral común cuando se produzca una remisión expresa del precepto reglamentario o así se haga constar específicamente en el contrato, aplicándose sólo de forma supletoria, en lo no regulado por el reglamento o el pacto de las partes, la legislación civil o mercantil y sus principios generales.

Entre los contenidos mínimos de estos contratos de trabajo, lógicamente, se encuentra la precisión de “la retribución convenida, con especificación de sus distintas partidas, en metálico o en especie” –artículo 4. Dos c) RD 1382/1985–,

1. Cfr. al respecto la Exposición de Motivos del RD 1382/1985.

2. Vid., con detenimiento, Alcazar Ortíz y Del Val, 2017, 615 y ss.

constituyendo la autonomía individual el pilar esencial sobre el que gira la concreción tanto de la estructura de la retribución de cada alto directivo, como la delimitación de su forma de devengo y su cuantía.

1.1. Estructura

El artículo 26.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores establece que mediante la negociación colectiva se fijará la estructura del salario, que deberá comprender tanto el salario base como complementos salariales fijados en función de condiciones personales del trabajador, del trabajo realizado o de la situación y resultados de la empresa. Y el artículo 4.Dos.c) RD 1382/1985, en el caso de los altos directivos, tal y como se acaba de indicar remite la precisión de la estructura retributiva al contrato de trabajo. La elección del sistema retributivo más óptimo es una cuestión compleja, condicionada por múltiples factores que han de ser suficientemente ponderados, entre otros, las funciones y responsabilidades vinculadas al ejercicio del cargo, el tamaño y sector de la empresa, la estructura de la propiedad y el control de la organización social, la composición del órgano de dirección y supervisión, etc. Por ende, la casuística en esta materia es notoria, debiendo ser individualizado cada caso para analizar los componentes retributivos pactados entre empresa y empleado/a.

Se podrán localizar supuestos en los que se acuerdan, entre otros conceptos: 1) Retribución dineraria fija: abonable en doce mensualidades de idéntica cuantía, revisable anualmente por el Consejo de Administración, si la empresa reviste la forma jurídica de sociedad, en su caso tras la propuesta de la Comisión de Nombramiento y Retribuciones de la misma; 2) Retribución variable anual: cuyo importe anual se concretará en función, en su caso, del cumplimiento de los objetivos fijados por el Consejo de Administración, previa propuesta de la Comisión de Nombramiento y Retribuciones ya referenciada; 3) Retribución en especie y otros beneficios: entre otras partidas podría acordarse un seguro de vida, invalidez y accidentes, un sistema de previsión, el alquiler de una vivienda, etc.; 4) Retribución Plurianual: a modo de un Plan de Incentivos a largo plazo, que podría tener como objetivo vincular la prestación de servicios del alto directivo con la creación de valor para la sociedad, en beneficio de todos sus grupos de interés (accionistas, empleados, entidades financieras, clientes, proveedores, etc.). Pueden contribuir a delimitar esta eventual porción de la retribución tanto la fijación en los contratos de unos hitos de devengo del incentivo y de valor de la sociedad en cada hito, como la definición del Cálculo de la Creación de Valor como base para la cuantificación del incentivo. En este concepto, en vía contractual se tiende a puntualizar que un determinado porcentaje del incentivo, por ejemplo el 50%, se pague en la fecha de su devengo según el correspondiente hito y el resto transcurrido un determinado plazo, por ejemplo un año, desde la fecha de

devengo. Este tipo de condicionantes son un reflejo de la aplicación de cláusulas contractuales como las denominadas *lock up* y *claw back*³. Según la primera la perfección del devengo y exigibilidad del incentivo queda sometida a la condición suspensiva de permanencia del alto directivo durante el plazo que se estipule –por ejemplo un año– en la sociedad o grupo de empresas desde el hito que origina el devengo del incentivo, y, siguiendo con el ejemplo citado, en caso de incumplimiento se prevé que se devolverá un porcentaje del incentivo cobrado –por ejemplo el 50%- y no se abonará el resto pendiente –el otro 50%-. No obstante, lo establecido en este tipo de cláusulas normalmente no será operativo en los supuestos de cese y extinción del contrato por causas no imputables al alto directivo, tales como la extinción unilateral por parte del mismo a causa de un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones atribuidas a la empresa en el contrato, o por una modificación sustancial de sus funciones, poderes o condiciones de su prestación de servicio no motivada por causa imputable al mismo. Y según la segunda, en contrato se podría regular la previsión del reembolso de las retribuciones variables ya satisfechas a altos directivos, si se demuestra que han existido conductas, dolosas o culposas, imputables a los mismos, producidas durante el período considerado para el devengo de la retribución variable de que se trate⁴.

Es decir, la estructura de la retribución de un alto directivo habitualmente será mixta, estando integrada por varios conceptos retributivos: fijos, variables y en especie. La retribución vinculada a los objetivos de la empresa⁵ es una fórmula salarial que tiene su origen en el mundo empresarial anglosajón y que cada vez está más afianzada en España, siendo plenamente acorde tanto al artículo 26.3 ET, como al artículo 4.Dos. c) RD 1382/1985. Es más, resulta incuestionable que vincular los incrementos salariales que pueden percibir los trabajadores con los resultados obtenidos por las empresa constituye un factor cada vez más presente en las relaciones laborales actuales, dado que es preciso buscar sistemas retributivos y de gestión que motiven a las personas trabajadoras a conseguir una mayor retribución y, pasados los tiempos de los destajos que primaban la cantidad sobre la calidad⁶, hay que subrayar que este tipo de complemento manifiesta una marcada presencia en la estructura retributiva pactada por los altos directivos con las empresas.

3. Vid. Todolí Signes, 2016, 73 y 74.

4. Estas cláusulas de reembolso no se basan en criterios puramente objetivos, sino que debe ser la conducta del directivo percceptor la que, dolosa o culposamente, provoque la falsedad o inexactitud grave de la información financiera que dio origen al devengo y pago de la retribución variable en cuestión, o bien la que haya provocado la asunción de riesgos para la sociedad que ésta no hubiera asumido de haberlos conocido, o la que haya conllevado que la sociedad se vea afectada por otras circunstancias no previstas ni asumidas por ella misma, que hayan tenido un efecto negativo material sobre las cuentas de resultados de cualquiera de los años a los que afecta la cláusula *claw back*.

5. Vid. Matorras Díaz Caneja, 2016, 21 y ss.

6. Vid. ampliamente, Alzaga Ruíz, 2014; y Lantarón Barquín, 2014, 30 y ss.

Por lo tanto, las elevadas cuantías retributivas percibidas por los altos directivos se cimentan cada vez más en la relevancia de la retribución variable, que debe basarse de forma transparente en unas causas y/o elementos determinantes de su percepción, que debe ser individualizada, y que cada vez con mayor asiduidad se une a la parte fija del salario⁷. Ello es así, porque a pesar de los cambios que paulatinamente se implementan en nuestros sistemas de gestión de recursos humanos, la porción fija del salario aún sigue muy asentada en nuestros modelos retributivos, para garantizar una cierta estabilidad de las retribuciones al margen del contexto económico o de otros condicionantes que se puedan determinar.

1.2. Principios rectores de la retribución variable

Partiendo de la premisa de la importancia de este componente retributivo en los contratos pactados con altos directivos, hay que procurar delimitar unas bases o principios rectores de su *interim*. La aproximación a los mismos va a estar marcada por la jurisprudencia, que en múltiples ocasiones ha tenido que esclarecer cuestiones relacionadas con la retribución variable y que precisa, entre otros aspectos sustanciales, que se trata de

“una compensación que la empresa abona a un determinado trabajador, retribuyendo un mayor rendimiento, una consecución de los objetivos fijados o la realización de sus funciones a plena satisfacción de aquella, siendo por ello su pago independiente del salario ordinario fijado y generalmente efectuado por años vencidos, es decir después de comprobar la empresa si se han dado los presupuestos a los que la misma anuda su devengo por parte del trabajador”⁸;

así como que, en ausencia de regulación legal de la retribución variable, hay que entrar a lo que las partes hayan pactado en cada caso y, en su defecto, a la regulación que se haya podido establecer por convenio colectivo⁹, lo que probablemente no ocurrirá en el caso de los altos directivos que, dada su singular posición en la empresa, habitualmente son excluidos del ámbito de aplicación personal de los mismos. El amplio papel otorgado a la jurisprudencia en esta materia refleja que el establecimiento de complementos o pluses salariales por objetivos puede y suele plantear problemas interpretativos y de aplicación, no sólo por su propia naturaleza, sino también por las dificultades que muchas veces se advierten para determinar con certeza las condiciones de devengo y por los obstáculos que en ocasiones se presentan para proceder a su exacta cuantificación.

7. Matorras Díaz-Caneja, 2014, 130.

8. STSJ de Madrid, de 23 de junio de 2020, rec. 112/2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:7823).

9. STSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2009, rec. 4622/2009 (ECLI:ES:TSJM:2009:17674).

Una vez expuestas estas primeras precisiones, hay que resaltar que siendo los orígenes de los *bonus* o retribuciones variables eminentemente anglosajones –caracterizándose por una amplia libertad en su configuración–, en España de la delimitación de estos sistemas de retribución se infieren una serie de principios. En efecto, los tribunales, fundamentalmente en los últimos años, proclaman de forma clara la operatividad de los principios de objetividad y transparencia¹⁰.

El principio de objetividad se encuentra dotado de distintas dimensiones o elementos que se proyectan sobre las exigencias vinculadas con el propio diseño de todo modelo de retribución variable. Esencialmente precisa que se cumplan con ciertos requerimientos de idoneidad, reciprocidad de intereses, objetividad en la determinación de los criterios de variabilidad, y proporcionalidad en el devengo. Y el principio de transparencia pivota sobre el conocimiento y aceptación por parte del trabajador del sistema de retribución existente.

En lo que se refiere a la idoneidad del sistema de retribución variable, hay que traer a colación la STS de 25 de marzo de 2014¹¹, que respalda esta vinculación. Ello se materializa en la prohibición de retribuciones variables que incorporen objetivos que no puedan conseguirse o sean inalcanzables por los trabajadores afectados, o que se hayan fijado de modo irrazonable, arbitrario, desproporcionado o con vulneración de la dignidad o los derechos fundamentales de los afectados. Esta postura jurisprudencial enlaza con lo dispuesto en el artículo 1116 del Código Civil, que establece que “Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa”. Es decir, los sistemas retributivos que imponen condiciones de imposible consecución y/o que se encuentran fuera del sentido común quedan excluidos¹².

En relación a la reciprocidad de intereses, hay que subrayar que uno de los aspectos singulares de los sistemas de retribución variables es que a través de los mismos se articula una traslación del riesgo empresarial en sede retributiva, configurándose de forma estratégica una esfera de riesgo compartido, necesariamente moderada, que no puede ser modificada en función de la pura conveniencia o comodidad empresarial. En bastantes ocasiones la determinación de estos sistemas retributivos, bien a través de la autonomía individual, bien a través de la preponderante decisión empresarial,

10. En los últimos años este principio rector de la retribución ha sido enfatizado, fundamentalmente en las cuestiones relacionadas con la elusión de potenciales discriminaciones retributivas indirectas por razón de género. Resulta sustancial, a estos efectos, lo dispuesto en la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, así como la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, de 4 de marzo de 2021, de Transparencia Retributiva, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento.

11. Sala de lo Social del TS, rec. 140/2013 (ECLI:ES:TS:2014:1668)

12. Cfr. Mercader Uguina, 2016, 21.

ha servido para extender el terreno de la discrecionalidad empresarial, lo que ha obligado a nuestros tribunales a fijar su alcance y límites. Así, sobre la base del artículo 1256 CC, en relación con el 1115 –que sanciona la nulidad de la obligación sujeta a condición cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor–, se ha consolidado una doctrina que restringe las facultades empresariales en esta materia. Siendo el artículo 1256 CC una norma general, un criterio de interpretación de los contratos, la jurisprudencia lo ha convertido en un *cuasi* principio que limita el arbitrario actuar de una de las partes en el terreno contractual, para evitar cualquier potencial abuso grave efectuado por una de las partes en la celebración o ejecución de un contrato. Es decir, en el momento de la instauración de la retribución variable, aunque es habitual que en bastantes casos pueda imperar la voluntad empresarial, ello no debe confundirse con un terreno abonado a la arbitrariedad del empleador a la hora de fijar los términos y condiciones de su efectividad en el seno del contrato, pues una vez se constituye la prestación tienen virtualidad las reglas fijadas para las obligaciones, entre ellas, la reciprocidad que debe regir las prestaciones y, en términos generales, el contrato de trabajo.

Por ende, los elementos del devengo tienen que ser objetivados, de manera que el trabajador debe conocer cuáles son los parámetros, módulos o criterios específicos para generar el derecho a percibir su retribución. Y de ahí, correlativamente, que sean exigibles todas las garantías necesarias para controlar la satisfacción del *bonus* por la empresa, así como el cumplimiento por parte del trabajador de los criterios establecidos para su devengo y abono. En este sentido, los pronunciamientos judiciales subrayan con claridad que se encuentran prohibidas aquellas cláusulas contractuales o situaciones de hecho en las que las condiciones de devengo de la retribución variable quedan condicionadas a la exclusiva decisión empresarial.

A los anteriores argumentos cabe unir la doctrina del Tribunal Supremo según la cual el pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad del empleador, de forma no clara, no es válido, enfatizándose que en este caso el pacto debe ser interpretado en el sentido más adecuado para que produzca efectos, puesto que es al empleador a quién le corresponde fijar los objetivos de forma efectiva. Por ejemplo, la STS de 14 de noviembre de 2007¹³ declara que:

“Cuando los objetivos de los que dependía la percepción del complemento no se conoce si eran los que había de alcanzar cada trabajador o los fijados para la empresa en su conjunto, permite interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes contrariando lo prohibido por el artículo 1256 CC, y por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado, y por lo tanto exigible en la cuantía prometida. En cualquier caso, como señala el recurrente, se trata de un pacto que, ante su falta de claridad y su falta de desarrollo posterior

13. Sala Social TS, rec. 616/2007 (ECLI:ES:TS:2007:8372).

por no haberlo ni siquiera intentado la empresa, no puede sino interpretarse en el sentido más adecuado para que los mismos puedan causar efecto –art. 1284 CC– y en contra de quién incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa –art. 1288 CC–”.

La línea judicial reseñada ha sido reiterada recientemente en la STS de 2 de febrero de 2021¹⁴, en relación a una de las partidas que integraban la retribución variable por objetivos de la mayoría de la plantilla de una empresa –la denominada *EU Financial Target*–, ligada a los objetivos del grupo a nivel europeo y que suponía el 50% de la retribución variable. En este caso, el TS considera que el concepto variable discutido

“está sujeto a parámetros o cánones que ni las personas trabajadoras afectadas, ni sus representantes conocen y que da como resultado un importe cero con la sola justificación de que no se han cumplido los desconocidos elementos sobre los que se configura”.

La empresa en el caso en *litis* en ningún momento niega la obligación salarial concretada en el plus salarial controvertido y se limita a sostener que la concreción de la misma queda sujeta exclusivamente a circunstancias que ella conoce, lo que conlleva que la Sala rechace que esa parte del salario quede a expensas de decisiones unilaterales de la empresa sobre las que no es posible ningún control de adecuación o razonabilidad. Consecuentemente,

“la falta de determinación de los elementos que permiten la percepción del bonus imposibilita examinar la acomodación a derecho de la decisión empresarial. Imposibilidad acrecentada en este caso por el hecho de que la empresa no justifica en modo alguno su afirmación de que los objetivos no se habían alcanzado, siendo ella a la que correspondía la carga de probar la realidad del hecho impeditivo de la obligación reclamada”.

La discrepancia aquí no estriba en el alcance o no de los objetivos que provocan la consecución del complemento, sino del derecho a ser informado respecto a los motivos que determinan su cobro o no, acogiendo el TS la petición de la parte social. En este caso, el Alto Tribunal entiende que la postura empresarial deja a su discreción el abono del complemento, puesto que su decisión se basa en datos que sólo ella conoce y no justifica, lo que contraría el derecho de obligaciones –el reseñado artículo 1256 CC–, correspondiendo en base al mismo a la empresa acreditar la realidad del hecho que impide el cobro del mencionado complemento, a fin de evitar la unilateralidad de la decisión y permitir el control sobre la razonabilidad de la misma.

14. Sala Social TS, rec. 127/2019 (ECLI:ES:TS:2021:295).

Por ende, es obvio que a la luz de la doctrina judicial expuesta, basada en las normas de interpretación de los contratos, ninguna duda cabe de que quien establece la oscuridad de una cláusula no puede salir favorecido por ella¹⁵, de tal forma que si el empresario de manera voluntaria o involuntaria no concreta los términos de la política de retribución variable, recaerá sobre el mismo dicha responsabilidad sin generar ningún perjuicio al trabajador.

Alrededor de la objetividad de los criterios de determinación de la retribución variable, canon hermenéutico afirmado de forma clara por la jurisprudencia en esta materia, también se debe destacar lo establecido en la STSJ del País Vasco, de 7 de octubre de 2008, que declara en su Fundamento de Derecho 2º lo siguiente:

“Toda retribución salarial parte de un criterio objetivo tanto en su importe o devengo como en las condiciones de su generación, pues en otro caso el salario quedaría incluido en un arcano imposible de descifrar, en que la voluntad del empleador se constituiría en única definidora de su importe y devengo, privando al contrato de su bilateralidad, y del mismo equilibrio que toda prestación exige”.

En cuanto al principio de proporcionalidad en el devengo, es necesario referenciarlo dado que esta regla aparece con especial intensidad en el momento en el que, extinguido el contrato, resulta necesario valorar en qué medida queda afectado el derecho al percibo del *bonus*. En estos casos, la tipología de situaciones resulta muy amplia y heterogénea, por lo que es imprescindible valorar las concretas circunstancias y causas concurrentes para desde las mismas ponderar los posibles efectos, siendo diferente si la extinción tiene lugar una vez cumplidos los objetivos pero antes del momento de su abono, que si se produce antes del cumplimiento de los objetivos fijados. Sobre esta materia recientemente también se han dictado varios pronunciamientos judiciales. Así la STS de 11 de febrero de 2020¹⁶, en un caso de despido disciplinario, ha interpretado que la cláusula contenida en un acuerdo de empresa que establecía que la retribución variable sólo se devengaría si el trabajador estaba dado de alta a 31 de diciembre, resultaba claramente abusiva, porque dejaba el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes, ya que si la empresa despidiera al trabajador antes de esa fecha, aunque hubiera cumplido el resto de requisitos, no se le abonaría la retribución variable. Por lo tanto, aunque el trabajo ya hubiera sido realizado y los objetivos ya se hubieran cumplido, la empresa no los abonaría o retribuiría. En distinto sentido, la STS de 22 de octubre de 2020¹⁷ resuelve sobre la licitud de la cláusula pactada que exige que el trabajador continúe en la empresa hasta el final del período temporal de devengo del *bonus* (el fin del año natural) porque se

15. En este sentido, Todolí Signes, 2016, 76.

16. Sala Social TS, rec. 3624/2017 (ECLI:ES:TS:2020:639).

17. Sala Social TS, rec. 285/18 (ECLI:ES:TS:2020:3690).

calcula sobre la base de los objetivos alcanzados el 31 de diciembre de cada ejercicio, salvo que por causa ajena a la voluntad del empleado éste no pueda continuar prestando servicios en la empresa a dicha fecha. A tal efecto, se prevé expresamente que en caso de fallecimiento o incapacidad permanente del trabajador sí se devengará este complemento. En el supuesto concreto, el demandante fue quién cesó voluntariamente en la empresa y el TS considera lícita la operatividad de la cláusula: 1) Porque los términos de la misma no dejan el pago de la retribución variable en manos de la empresa (1256 CC), dado que, sólo si el trabajador voluntariamente causa baja en la empresa el texto literal del sistema de retribución variable acordado por la empresa con las secciones sindicales impide su abono; 2) Porque incluso puede aplicarse la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que la prestación de servicios laborales por el actor a favor de la demandada, percibiendo el salario pactado, tuvo su punto de partida en el acuerdo alcanzado por la empresa y las secciones sindicales, que preveía el abono de la retribución y condicionaba el devengo de la retribución variable a que el trabajador permaneciera en la empresa hasta la fecha final del período de devengo de dicha retribución; y 3) Porque se ha cumplido lo establecido en el artículo 4.2.f) ET, que garantiza al trabajador el derecho a percibir la retribución pactada durante la prestación de servicios, si bien no puede reclamarse un complemento salarial cuando se ha incumplido uno de los requisitos exigidos para su devengo, al no haberse acreditado que el mismo sea contrario a derecho.

Por otra parte, precisar que la STS de 27 de marzo de 2019¹⁸ reconoce el derecho del trabajador a percibir un *bonus* por cumplimiento de objetivos sometido a una condición de permanencia, cuando los objetivos se han cumplido, pero el trabajador es despedido por causas objetivas antes de la fecha de permanencia fijada en la empresa. El TS en este caso considera que:

“el derecho al bonus postulado no sólo cabe en los supuestos de despidos improcedentes por aplicación de los artículos 1115, 1119 y 1256 CC, sino también en los supuestos de despidos objetivos, pues aun existiendo motivos que justifiquen el despido, depende de la voluntad empresarial la opción por el despido y no por otra medida, por lo tanto nos encontramos ante una decisión que es totalmente ajena a la voluntad del trabajador”.

Como conclusión de todo lo que antecede, cabe resumir que tanto el principio de objetividad como el de transparencia constituyen premisas fundamentales en el establecimiento de los sistemas de retribución variable¹⁹. Ello es enfatizado y resaltado a nivel de la Unión Europea tanto en la Recomendación de la Comisión 1017/761, apartado 6.c), que establece

18. Sala Social TS, rec. 1196/2017 (ECLI:ES:TS:2019:1543).

19. En este sentido Mercader Uguina, 2016, 22.

“que todos los salarios deben fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales”,

como en la Directiva 1152/2019, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles²⁰.

En la delimitación de los sistemas de retribución variable es ostensible que hay una mayor preponderancia empresarial, y por ello, como se ha expuesto, son varios los pronunciamientos judiciales que fijan límites al poder de configuración empresarial. A lo ya indicado, hay que añadir que la jurisprudencia subraya la necesidad de un expreso consentimiento del trabajador a la hora de incorporar a su acervo contractual este tipo de complementos, siendo indispensable el conocimiento y aceptación por el mismo de las condiciones del *bonus* como presupuesto de validez²¹, así como que en todo caso su establecimiento deba ir acompañado de garantías de estabilidad, continuidad y suficiencia²² del importe finalmente satisfecho como salario total.

1.3. Indicadores financieros como criterios de determinación de la retribución variable

Las fórmulas de retribución variable que tienen cabida en las relaciones laborales son muy heterogéneas y, en la actualidad, las empresas tienden a tener presentes criterios aún más variados, atendiendo, entre otros factores, al cumplimiento de objetivos, al desempeño del trabajador, a la rentabilidad de la compañía, a la relación entre el resultado o beneficio de una empresa y su capital, etc. Este último parámetro cada vez es más usual en el mundo empresarial, siendo incluido en contratos de altos directivos con cierta asiduidad.

Son varias las medidas de medición del rendimiento utilizadas, generalizándose en los últimos años el vincular el salario variable al resultado de distintas magnitudes

20. Dicha Directiva, DOUE L 186/105, de 11 de julio de 2019, tiene como uno de sus objetivos prioritarios evitar las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos y garantizando un grado adecuado de transparencia y previsibilidad en las condiciones laborales.

21. Sala Social, STS de 8 de octubre de 2008, rec. 582/2008 (ECLI:ES:TS:2008:6303).

22. Cfr. al respecto artículo 35 de la Constitución Española, que entre los principios rectores de la política social y económica del Estado, además de afirmar que todos los españoles tienen el derecho y el deber de trabajar, reconoce el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Así como lo establecido en el artículo 4 de la Carta Social Europea, que recoge “el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”, el Pilar Europeo de Derecho Sociales, algunos de los Objetivos del Desarrollo Sostenible adoptados en el marco de la Agenda 2030 de la ONU, que aboga por el trabajo decente para todos, así como la recientemente adoptada Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, DOUE núm.275. de 25 de octubre de 2022.

económico-financieras de las empresas que no forman parte de su contabilidad oficial, sino de su contabilidad analítica²³.

Conviene puntualizar que en España los Principios de Contabilidad se recogen en el Plan General de Contabilidad aprobado por el RD 1514/2007, de 16 de noviembre. Se trata de una serie de normas de obligado cumplimiento sobre las que se fundamenta la contabilidad de una empresa, y que sirven de guía para la preparación de los estados financieros.

Las Medidas Alternativas de Rendimiento –*Alternative Performance Measures-APMs*–, utilizadas en la contabilidad analítica, son definidas por cada empresa, en función de los objetivos y/o información que se desea obtener. Al respecto, la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA), en su informe publicado el 20 de diciembre de 2019²⁴, que contiene unas directrices sobre las APMs, declaró que dichas medidas son diferentes en cada empresa, toda vez que son definidas por ellas mismas, puesto que su finalidad es poder facilitar el control y el análisis de la evolución de cada empresa. Consecuentemente, cada empresa determina sus APMs en función del sector en el que opere, la información que quiera obtener y los elementos que la dirección considere necesarios tener en cuenta para valorar la evolución del negocio (siendo distintos los criterios y prioridades en cada entidad).

Por lo tanto, no existe una regulación para las APMs ni una forma concreta y/o única de determinarlas. El único requisito que se exige, de conformidad con la ESMA, es que si se establecen APMs éstas tienen que estar perfectamente definidas, para que puedan comprenderse y no generen confusión, lo que se relaciona con el ya reseñado principio de transparencia²⁵.

Entre las APMs más utilizadas en las políticas de retribución variable se encuentran: i) el EBITDA; ii) el EBIT; iii) el EBIT y el EBITDA ajustados en atención a distintos parámetros; y iv) el Flujo de Caja Libre.

Cuando se hace referencia a una de estas APMs, como medida alternativa a ponderar para el devengo y abono de la retribución variable plurianual, normalmente se fijan varios hitos de cumplimiento, precisándose, por ejemplo, que el 50% del incentivo se pagará en la fecha del devengo según el correspondiente hito y el segundo 50% una vez transcurrido un año desde la fecha de devengo. En estos supuestos,

23. Vid. de forma detenida Mercader Uguina y Torrontegui Ayo, 2021, 102.

24. *European Securities and Markets Authority: Report on the use of Alternative Performance Measures and on the compliance with ESMA's APM Guidelines*, http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esmas32-334-150_report_on_the_thematic_study_on_application_of_apm_guidelines.pdf

25. Esta perspectiva es reiterada por la Comisión de Principios y Normas de Contabilidad de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) en su opinión n°4, emitida en diciembre de 2016, en la que se abordó el concepto y uso del EBITDA como recursos generados en la explotación. En particular, declaró que “como el RBE o EBITDA no viene definido por lo general en los marcos de información financiera utilizados por las entidades, éstas deben construirlos por sí mismas cuando los presentan o utilizan para describir o analizar el rendimiento”.

será usual la operatividad de las denominadas cláusulas contractuales de *lock up* y de *claw back*. Según la primera, la perfección y exigibilidad del incentivo está sometida a la condición suspensiva de permanencia del alto directivo durante un determinado plazo –por ejemplo un año– en la sociedad o su grupo de empresas desde el hito de devengo del incentivo, previéndose que, en caso de incumplimiento, se devolverá el porcentaje fijado –por ejemplo un 50%– del incentivo cobrado y no se pagará el resto pendiente –siguiendo con el ejemplo indicado, el otro 50%–. Si bien lo establecido no se aplicará en los supuestos de cese y extinción del contrato del alto directivo por determinadas causas contempladas en el propio contrato de trabajo –tales como el incumplimiento grave y culpable por la Sociedad de sus obligaciones o la modificación sustancial de las funciones, poderes o condiciones de prestación del servicio por causa no imputable al alto directivo–. Y según la segunda, en el plazo que se estipule desde el hito de devengo del incentivo– por ejemplo un año–, en el supuesto de incumplimiento grave del Código de Conducta de la empresa o sociedad, ésta tendrá derecho a reclamar la devolución del incentivo²⁶.

En los últimos años hay que resaltar que en los contratos de altos directivos existen asiduas referencias al EBITDA, acrónimo inglés de *Earnings Before Interest* (Beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), que se corresponde con la magnitud contable Resultado Bruto de Explotación o Beneficio Operativo Bruto, y que se obtiene sumando las amortizaciones y provisiones al EBIT o Resultado de Explotación. En términos generales, se trata de una medida que informa sobre la capacidad de una compañía para generar beneficios netos considerando únicamente su actividad productiva; constituyendo una medida de carácter económico utilizada para medir la rentabilidad operativa de la empresa, que se calcula a partir de las cifras que constan en la cuenta de pérdidas y ganancias (o de resultados).

En cualquier caso, subrayar que las APMs no están sujetas a ninguna normativa ni forma de cálculo específico, sino que son definidas por las empresas en función de: 1.) El sector en el que operan; 2) La información que la Dirección quiere tener en cuenta para valorar la evolución del negocio, siendo obligado que para su utilización como indicador en el sistema de retribución variable aplicable a los trabajadores de una empresa, se les comunique en qué consiste cada indicador y los objetivos a alcanzar. En este sentido, para evitar confusiones y/o errores interpretativos es debido

26. En este sentido, la recomendación 59 del Código de Buen Gobierno para las sociedades cotizadas adoptado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores establece “Que el pago de los componentes variables de la remuneración quede sujeto a una comprobación suficiente de que se han cumplido de modo efectivo las condiciones de rendimiento o de otro tipo previamente establecidas. Las entidades incluirán en el informe anual de remuneraciones de los consejeros los criterios en cuanto al tiempo requerido y métodos para tal comprobación en función de la naturaleza y características de cada componente variable”.

diferenciar entre la política de retribución variable y la información remitida a los mercados, dado que en ocasiones los resultados de las APMs que se comuniquen a los mercados pueden ser más favorables que las APMs que conforman la propia política de retribución variable²⁷.

En definitiva, para poder analizar y valorar el nivel de cumplimiento de las APMs de las que, en su caso, depende el devengo de la retribución variable se debe atender a la definición dada por la empresa a la hora de diseñar el modelo de retribución o a los términos pactados si fuera el caso, dejando al margen cualquier otra referencia económico financiera que se pudiera haber incluido en la información contable. Una interpretación en sentido contrario se opondría a los principios rectores de la retribución variable que ya han sido analizados. La complejidad técnica de las APMs, que no forman parte de la contabilidad oficial de las empresas, obliga a que las empresas realicen un esfuerzo para su precisa definición y a que comuniquen de forma clara su alcance y contenido a los trabajadores, para cumplir así con el revalorizado principio de transparencia.

1.4. Especialidades que rodean la retribución de los altos directivos y administradores de sociedades cotizadas

Entre los altos directivos de empresas se encuentran en un número importante de casos los que desarrollan funciones ejecutivas en sociedades cotizadas. Parece obvio que en este ámbito la utilización de sistemas de retribución variable será bastante habitual, respondiendo a la idea de que la remuneración no es sólo una compensación de los servicios prestados en el ejercicio del cargo, sino también un instrumento que permite, de un lado, retener gestores cualificados, y de otro, generar incentivos adecuados para que sus comportamientos sean acordes con los intereses de los socios.

En este supuesto específico, hay que tener presente de forma complementaria, tanto las recomendaciones de buen gobierno para sociedades cotizadas contenidas en el Código de Buen Gobierno (CBG) aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en febrero de 2015, revisado en junio de 2020, como el régimen legal vigente en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

A estos efectos, la introducción de la obligación de formular anualmente un informe sobre las remuneraciones satisfechas al órgano de administración de sociedades cotizadas supone un aumento significativo de las exigencias de transparencia en relación con la retribución de los administradores y altos directivos en este subtipo de

27. Al respecto Sala Social, STS de 21 de noviembre de 2019, rec. 189/2018 (ECLIS:ES:TS:2019:4333).

sociedades de capital²⁸. A mayor abundamiento, en relación a la transparencia de la retribución de los administradores de sociedades no cotizadas, hay que subrayar que también se ha implementado una modificación en el artículo 260 LSC²⁹, relativo a la delimitación del contenido de la memoria que forma parte de las cuentas anuales.

Existe una diferenciación entre el régimen general aplicable a todas las sociedades de capital (arts. 217, 218 y 249 LSC) y las especialidades previstas para las sociedades cotizadas (arts. 529 *sexdecies* a 529 *novodecies* LSC). A ello hay que sumar las normas sobre transparencia de las retribuciones contenidas en el artículo 260 LSC, así como el singular régimen de transparencia previsto para las sociedades cotizadas en el artículo 541 LSC³⁰, que se complementa con las recomendaciones incluidas en el nuevo CBG (recomendaciones 56 a 64).

28. Vid. con detenimiento Roncero Sánchez, 2016, 8 y ss.

29. Concretamente el artículo 260 Undécimo, precisa que se deberá informar: “El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representan. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo. En el caso de que la sociedad hubiera satisfecho, total o parcialmente, la prima del seguro de responsabilidad civil de todos los administradores o de alguno de ellos por daños ocasionados por actos u omisiones en el ejercicio del cargo, se indicará expresamente en la Memoria, con indicación de la cuantía de la prima”.

30. El artículo 541 LSC establece lo siguiente: “1. El consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar y publicar anualmente un informe sobre remuneraciones de los consejeros, incluyendo las que perciban o deban percibir en su condición de tales y, en su caso, por el desempeño de funciones ejecutivas. 2. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros deberá incluir información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de los consejeros aplicable al ejercicio en curso. Incluirá también un resumen global sobre la aplicación de la política de remuneraciones durante el ejercicio cerrado, así como el detalle de las remuneraciones individuales devengadas por todos los conceptos por cada uno de los consejeros en dicho ejercicio. 3. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros se difundirá como otra información relevante por la sociedad de forma simultánea al informe anual de gobierno corporativo y se mantendrá accesible en la página web de la sociedad y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de forma gratuita durante un periodo mínimo de diez años. La sociedad y la CNMV podrán mantener el informe accesible al público durante más tiempo y deberán hacerlo cuando un acto legislativo sectorial de la Unión Europea establezca un periodo de tiempo más largo. En ambos casos dicho informe ya no podrá contener datos personales de los administradores. 4. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros se someterá a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día a la junta general ordinaria de accionistas”. Igualmente, en su apartado 5 se precisa que el informe anual de retribuciones, entre otras informaciones, incluirá: a) la remuneración total devengada en el ejercicio desglosada en sus componentes, la proporción relativa de la remuneración fija y variable, una explicación de la forma en que la remuneración total devengada cumple la política de remuneraciones objeto de aplicación y previamente adoptada, en particular cómo contribuye al rendimiento sostenible y a largo plazo de la sociedad, e información sobre la manera en que se han aplicado los criterios de rendimiento; b) el importe

Es decir, las distinciones entre el régimen aplicable con carácter general a todas las sociedades de capital y las especialidades previstas para las sociedades cotizadas son notables y comienzan con el propio punto de partida del régimen sobre retribución que, siendo el principio de gratuidad para las sociedades de capital en general (art. 217.1 LSC), en cambio para las sociedades cotizadas viene constituido por el carácter necesariamente retribuido del cargo de consejero o miembro del consejo de administración o de consejero al que se delegan funciones ejecutivas (art. 529 *sexdecies* LSC), aplicable salvo previsión estatutaria expresa en sentido contrario. A su vez, en el ámbito de las sociedades cotizadas, se establece la competencia de la Junta General tanto para aprobar el informe anual sobre la política de retribuciones de los consejeros, como para determinar el límite máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, así como su capacidad para fijar unos parámetros o criterios generales de orientación del sistema de retribución³¹. En relación a la participación en beneficios y a la remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, también se han introducido ciertas modificaciones en la regulación, y una medida de transparencia referida a las indicaciones que deben contenerse en la memoria que forma parte de las cuentas anuales (art. 260 LSC).

Adicionalmente, en el marco de la regulación de la facultad de delegación del Consejo de Administración, se impone la exigencia de celebración de un contrato entre la sociedad y el consejero a quién se deleguen competencias del Consejo o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, que tendrá que detallar los conceptos retributivos para satisfacer la retribución por el desarrollo de dichas funciones, y que deberá ser aprobado por el Consejo de Administración, según el procedimiento previsto en el artículo 249 LSC.

Por lo tanto, en la LSC se incluyen unos mecanismos de control y transparencia específicos para las sociedades cotizadas: aprobación de la política de retribuciones e informe anual sobre retribuciones³². Además, se distingue la retribución que pueden

total anual devengado y la variación experimentada en el año de las siguientes categorías: la remuneración del consejero, el rendimiento de la sociedad y la remuneración media sobre una base equivalente a tiempo completo de los trabajadores de la sociedad distintos de los administradores durante al menos los cinco ejercicios más recientes, presentadas de manera conjunta de modo que resulte posible establecer comparaciones; c) información sobre el uso de la posibilidad de exigir la devolución de la remuneración variable.

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

32. Respectivamente, artículos 541 y 529 *novodecies* LSC. Este último precepto concreta que en las políticas de retribuciones (que debe ser aprobada por la Junta General al menos cada tres años) debe contemplarse la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el período al que la política

percibir los administradores en su condición de tales y las que las sociedades puedan satisfacer por el desarrollo de funciones ejecutivas, previéndose la intervención de la Junta General en la primera, y la del Consejo de Administración en la segunda.

En particular, en relación al régimen aplicable a determinados sistemas de retribución variable, se exige ahora que los estatutos de cada sociedad concreten la participación o el porcentaje máximo de la misma, y que en este último caso será la Junta General la que determine el porcentaje a aplicar dentro del máximo establecido en los estatutos sociales. A estos efectos, la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) en sus Resoluciones de 30 de julio de 2015, 10 y 17 de mayo de 2016, consideró que las retribuciones entre una sociedad y un consejero ejecutivo serían fijadas en el contrato suscrito entre la sociedad y el consejero, no siendo necesario que consten en los estatutos sociales. No obstante, la STS 98/2018, de 26 de febrero de 2018³³, precisó que la retribución de los administradores debía tener constancia estatutaria. Aclarando seguidamente la DGRN, en su resolución de 4 de junio de 2020, que aun cuando los conceptos retributivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán éstos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad, para que se detalle si remunerarán al mismo por todos o sólo algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos. De esta manera la DGRN realiza una interpretación flexible, que elude someter la retribución de los consejeros ejecutivos a un principio de reserva estatutaria riguroso, y permite que el contrato entre la sociedad y el consejero en el que se delegan funciones ejecutivas tenga suficiente seguridad jurídica para ambas partes, de forma que se puedan establecer condiciones en su vínculo, especialmente en relación a los conceptos retributivos.

Complementariamente, hay que tener presente que entre las recomendaciones de buen gobierno incluidas en el Código adoptado por la CNMV en febrero de 2015, se incluyen varias relativas a las retribuciones de los administradores de sociedades cotizadas, en concreto a través del principio 25 y las recomendaciones 56 a 64, la mayor parte de las cuales se dedica a cuestiones relacionadas con la retribución variable de los consejeros. En efecto, entre las previsiones del CBG se encuentran algunas ligadas a los componentes variables de la retribución, a las condiciones temporales del reconocimiento de retribución variable y a la previsión de cláusulas de reembolso de retribuciones. Asimismo, se especifican con detalle las reglas que deben

haga referencia, “los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables, los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización”. En todo caso, dentro del marco establecido en la política de retribuciones, corresponde al propio Consejo de Administración determinar la retribución de los consejeros por el desarrollo de funciones ejecutivas.

33. Sala Civil TS, rec. 3574/2017 (ECLI:ES:TS:2018:494).

observarse para determinar los componentes variables de la retribución, exigiéndose en particular: i) que no estén sujetas solamente a la evolución general de los mercados del sector de actividad de la compañía; ii) que estén vinculadas a criterios de rendimiento predeterminados y medibles; iii) que promuevan la sostenibilidad de la sociedad a lo largo plazo e incluyan criterios no financieros que sean adecuados para la creación de valor a largo plazo; y iv) que se configuren sobre la base de un equilibrio entre el cumplimiento de objetivos a corto, medio y largo plazo. En conexión a ello, también se recomienda que el pago de una parte relevante de los componentes variables se difiera por un período de tiempo mínimo, entre otras cuestiones, para comprobar el efectivo cumplimiento de los objetivos marcados. En definitiva, dado que la creciente complejidad de los sistemas retributivos se manifiesta de manera aún más acentuada en las sociedades cotizadas, en los últimos años se han realizado reformas legislativas que tienen por objeto requerir un mayor detalle de la información a proporcionar por las sociedades, que deben hacer públicos aspectos tanto cuantitativos como cualitativos de las retribuciones satisfechas, para que las obligaciones económicas asumidas con sus consejos de administración y altos directivos puedan ser analizadas con rigor por los accionistas. A ello también contribuirá que la publicación de la información retributiva sea homogénea, lo que permitirá a los mercados ponderar su impacto económico real en cada sociedad. En relación al principio de transparencia, esta normativa supone un avance, puesto que permite exigir a las sociedades cotizadas unos estándares de información en relación con la retribución de sus consejeros y altos directivos.

2. LA CREACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS DE APOYO A EMPRESAS

En el contexto de crisis socio-económicas como las que estamos viviendo en los últimos años, una de las medidas más utilizadas desde el ámbito público para apoyar la economía es la creación de Fondos de Apoyo a las empresas que cumplan una serie de requisitos. Por ejemplo, la crisis económica originada por el virus de la COVID-19 dio lugar a que en el seno de la Unión Europea se adoptara la Comunicación de la Comisión de 19 de marzo de 2020, y a su modificación de 8 de mayo, sobre el “*Marco Temporal de Medidas de Ayuda Estatal para apoyar la economía en el brote de la COVID-19*”³⁴, incluyendo entre su elenco un Fondo de Apoyo a la Solvencia

34. “*Communication from the Commission Amendment to the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*”, Brussels C (2020) 1863, DOC 911 de 20 de marzo de 2020, y su modificación de 8 de mayo de 2020, C (2020) 3156 DOC 164 de 13 de mayo de 2020. El apartado 78 del Marco Temporal frente a la crisis sanitaria del COVID-19, introducido por la modificación aprobada por la Comunicación C (2020) 3156, de 8 de mayo de 2020, establece lo siguiente: “78. Mientras no se haya amortizado al menos el 75% de las medidas de

de Empresas Estratégicas³⁵. El objetivo de este Fondo fue compensar el impacto de la emergencia sanitaria en el balance de empresas solventes consideradas estratégicas para el tejido productivo y económico nacional o regional, entre otros motivos, por su sensible impacto social y económico, su relevancia para la seguridad, la salud de las personas, las infraestructuras, las comunicaciones o su contribución al buen funcionamiento de los mercados cuando el crédito o las medidas de apoyo a la liquidez no fueran suficientes para asegurar el mantenimiento de su actividad.

Siguiendo con el ejemplo indicado, dicha Comunicación fue implementada en España a través del Real Decreto Ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, que configura un Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas, adscrito a la Administración General del Estado. El artículo 2.15 de dicha norma prevé que por acuerdo de Consejo de Ministros se establezcan las reglas de funcionamiento, movilización de recursos y liquidación del Fondo, así como las condiciones aplicables y requisitos a cumplir en las operaciones financiadas por el Fondo, asegurando que las mismas se ajusten a la normativa de Ayudas de Estado de la Comisión Europea. Asimismo, la normativa señalada precisa que la aportación estatal queda supeditada a la aceptación por el beneficiario del conjunto de condiciones previstas, mediante la suscripción de un “*Acuerdo de Apoyo Financiero Público Temporal*” por sus órganos sociales, y puntualiza que, en virtud del principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española, la Administración tendrá derechos especiales sobre determinadas decisiones estratégicas, para asegurar el buen fin y adecuada asignación de las aportaciones a cargo del Estado. En desarrollo de lo establecido a nivel comunitario, el denominado marco temporal de cada país miembro de la UE debe ser contrastado por la Comisión Europea, que debe declarar su compatibilidad con el mercado interior³⁶.

recapitalización en el contexto del a COVID-19, la remuneración de cada miembro de la dirección de los beneficiarios no podrá exceder de la parte fija de su remuneración a 31 de diciembre de 2019. Para las personas que se conviertan en miembros de la dirección en el momento de la recapitalización o con posterioridad a ella, el límite aplicable es la remuneración fija más baja de cualquiera de los miembros de la dirección a 31 de diciembre de 2019. Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variables o comparables”. En la coyuntura actual, se está valorando en la UE la implantación de un Fondo de rescate a grandes empresas energéticas en apuros por la crisis originada a raíz de la guerra de Ucrania.

35. Otras ayudas previstas en la Comunicación citada son: 1) Ayudas de importe limitado en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables, ventajas fiscales o de pago, garantías, préstamos y capital; 2) Ayudas en forma de garantías de préstamos; 3) Bonificaciones de los tipos de interés de los préstamos; 4) Seguro de crédito a la exportación a corto plazo; 5) Ayudas a la inversión destinada a las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala; 6) Aplazamientos del pago de impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social; 7) Medidas de recapitalización; 8) Ayudas en forma de apoyo por costes fijos cubiertos...

36. Lo que en relación a la Comunicación de la Comisión citada, y a su transposición a través de un marco nacional temporal español, se produjo con la Decisión SA. 56851 (2020/N) –*Spain-Umbrella*

La Comunicación de la Comisión citada, en su apartado 78, establece que mientras no se haya amortizado al menos el 75% de las medidas de recapitalización obtenidas con cargo al Fondo de Rescate, la remuneración de cada miembro de la dirección de los beneficiarios no podrá exceder de la parte fija de su remuneración en la fecha delimitada (concretamente, en relación al ejemplo que se está exponiendo el 31 de diciembre de 2019) y que bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de retribución variable. Esta prescripción debe transponerse en la normativa nacional de cada Estado miembro, reproduciendo las limitaciones precisadas³⁷.

Las restricciones de este tipo probablemente pretenden evitar la descapitalización de determinadas sociedades que reciben apoyo financiero público en el contexto de graves crisis económicas. Ahora bien, ello no obsta a que deba ser realizado un análisis sobre el alcance de esta restricción. Es decir, entre las obligaciones exigibles a las empresas solicitantes de expedientes de apoyo financiero público se incluyen las relativas a la prohibición del abono a los altos directivos, o miembros del consejo de administración, de las empresas beneficiarias de primas o participaciones en beneficios. Siendo habitual que los contratos de prestación de servicios suscritos por altos directivos incluyan retribuciones variables hay que ponderar si es ajustado en Derecho en estos supuestos que, no procediendo el abono de las mismas según la normativa aplicable, sea factible ir generando el derecho de pago futuro de aquellas cantidades que periódicamente el directivo vaya devengando en el cumplimiento de los objetivos fijados como hecho causante de la retribución variable anual y/o plurianual pactada en su contrato. Es decir, se trata de dilucidar si es ajustado a derecho en estos supuestos de hecho distinguir entre devengo y abono de la retribución, y si en virtud de la diferenciación señalada es posible dar cumplimiento simultáneo a la obligación

Scheme— National Temporary Framework for State aid in the form of direct grants, repayable advances, tax or payments advantages, guarantees on loans and subsidised interest rates for loans to support the economy in the current COVID outbreak, adoptada por la Comisión Europea en fecha 2 de abril de 2020.

37. Cfr. en relación al supuesto mencionado la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas Estratégicas, que en el punto 6 de su Anejo, denominado “Gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia”, del Anexo II, en su apartado 6.1 señala lo siguiente “Hasta el reembolso definitivo del apoyo público temporal recibido con cargo al Fondo para reforzar su solvencia, el beneficiario estará sujeto a las siguientes restricciones, con las adaptaciones que pudiera introducir ulteriormente el Marco Temporal, debiendo adoptar los acuerdos sociales o, en su caso, las modificaciones estatutarias que aseguren debidamente su puntual cumplimiento: (...) “f) Hasta el reembolso del 75% del apoyo público temporal con cargo al Fondo, la remuneración de los miembros del Consejo de Administración, de los Administradores, o de quienes ostenten la máxima responsabilidad social en la empresa, no podrá exceder de la parte fija de su remuneración vigente al cierre del ejercicio 2019. Las personas que adquieran las condiciones reseñadas en el momento de su recapitalización o con posterioridad a la misma, serán remuneradas en términos equiparables a los que ostentan similar nivel de responsabilidad. Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variable o equivalentes”.

contractual asumida por una empresa para percibir financiación pública, el no abono a los altos directivos de primas u otros elementos de retribución variables hasta el reembolso de un determinado porcentaje del apoyo financiero, y al clausulado contractual pactado entre la empresa y el alto directivo.

3. LA RETRIBUCIÓN VARIABLE DE ALTOS DIRECTIVOS TRAS LA OBTENCIÓN POR UNA EMPRESA DE FINANCIACIÓN CON CARGO A FONDOS PÚBLICOS

Una vez expuestas ciertas particularidades que rodean a las retribuciones variables de altos directivos, se va a afrontar la resolución del supuesto específico relativo al devengo y abono de dicha porción de la retribución en los casos en los que la empresa haya obtenido fondos públicos. Tal y como se ha indicado, en estos supuestos es usual que entre las condiciones establecidas en los Acuerdos de Gestión entre la entidad pública concesionaria y la beneficiaria, se incluya la que establece que hasta el reembolso de un determinado porcentaje del apoyo financiero otorgado, las remuneraciones de los altos directivos y/o miembros de consejos de administración bajo ningún concepto comprenderán el abono de primas u otros elementos de retribución variables o equivalentes.

En virtud de lo señalado, hay que ponderar el alcance y finalidad de la restricción implantada, lo que deberá ser valorado en cada supuesto concreto, previo análisis de la normativa comunitaria y/o española configuradora del Fondo público. En estos casos, cuando se incluyan condiciones como la descrita, cabe la opción de realizar una interpretación literal de la norma, concluyéndose que no es ajustada a derecho la alusión, como parte de la remuneración de un alto directivo de una sociedad que ha recibido un apoyo financiero público temporal con cargo a un Fondo de Apoyo a la Solvencia de Empresas, a una retribución variable en tanto en cuanto no se reembolse el porcentaje determinado; pudiendo deducirse, a mayor abundamiento, que las normas configuradoras de los Fondos públicos de apoyo a empresas son taxativas, en el sentido de que la regulación establecida es clara y no deja lugar a dudas –“*in claris non fit interpretatio*”–.

Sin embargo, paralelamente cabría plantearse si la interpretación puede ser más laxa y considerar que la restricción impuesta a los conceptos retributivos variables por parte de la normativa aplicable a cada Fondo puede equipararse a una suspensión provisional del pago de los derechos económicos contemplados en el contrato y eventualmente devengados, sin perjuicio de su abono cuando se levanten las restricciones; cumpliéndose, por ende, con la suspensión en el pago de estos derechos la prohibición de no abonar los mismos hasta que no se cumplan determinadas condiciones sobre el nivel de amortización del apoyo público otorgado en forma de medidas de recapitalización.

Ante esta disyuntiva, *prima facie* se ha de ponderar lo indicado por el artículo 3.1 CC, que como es sabido precisa que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Pues bien, parece obvio que si se atiende al sentido literal de los preceptos normativos aplicables, la referencia es clara cuando se indica en estos supuestos “*Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variables o comparables*”. El término abonar, en una de las acepciones previstas en el diccionario de la RAE, se refiere a “*dar una cantidad de dinero en concepto de pago por algo*”. Y es esta acción la que prohíbe de forma tajante y taxativa la normativa, la entrega de una cuantía en concepto de retribución variable, aun cuando se cumplan las condiciones contractuales establecidas para ello, en tanto en cuanto no se reembolse, al menos, el porcentaje que se fije de financiación pública recibida con cargo a un Fondo de apoyo a empresas. Ahora bien, por contraposición, se podría interpretar que la normativa admite distinguir entre el devengo –momento en el que nace la obligación de pago– y el abono de la retribución variable³⁸.

A su vez, además de que en una interpretación literal es factible distinguir como dos acciones distintas el devengo y el abono de la porción de retribución variable que corresponda cuando se cumplan los requisitos establecidos en la normativa, si se toman en consideración el resto de criterios hermenéuticos disponibles también se pueden verter ciertas observaciones. En efecto, si se tiene presente el contexto legislativo existente se pueden localizar algunos argumentos que permiten diferir de una interpretación literal estricta.

En primer lugar, hay que traer a colación las prescripciones incluidas en el Plan General de Contabilidad (PGC) vigente –RD 1514/2007, de 16 de noviembre– que admiten refrendar la distinción entre el momento del devengo y del abono de las retribuciones variables, pues así se considera en relación al reflejo en los estados contables de cuentas de las sociedades. El PGC, en el apartado relativo al contenido mínimo de la memoria de cuentas anuales, establece requisitos de información específica para operaciones con la alta dirección. En concreto la nota 23 del modelo de memoria indica, en su apartado 1, que se informará separadamente, entre otras, de las operaciones con el “*personal clave de la dirección de la empresa o de la entidad dominante*”³⁹. Precisando en el apartado 6 de la misma nota 23 que:

38. A modo de ejemplo señalar lo dispuesto en el artículo 29.2 ET, que establece que “El derecho al salario a comisión nacerá en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, liquidándose y pagándose, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año”.

39. Con la intención de aclarar el alcance de esta obligación, el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (Circular E26-2009) dicta Nota técnica sobre la definición de “*alta dirección*”, a

“en todo caso deberá informarse sobre el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración⁴⁰, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguro de vida respecto a los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Asimismo, se incluirá información sobre indemnizaciones por cese y pagos basados en instrumentos de patrimonio. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo, recogiendo separadamente los correspondientes al personal de alta dirección de los relativo a los miembros del órgano de administración”.

Una vez hecha esta precisión, hay que subrayar que la delimitación y desglose de la información relativa a la alta dirección afecta a la imagen fiel de las cuentas anuales de una sociedad y, en consecuencia, supone, en su caso, una salvedad por falta de información en la memoria, que debería ser advertida. A mayor abundamiento, a la hora de agrupar los datos por categoría, habría que distinguir entre la información de los miembros del Consejo y los de la alta dirección, aun cuando concurra en una misma persona el cargo de administrador y de alta dirección de la sociedad.

efectos del cumplimiento de los requisitos de información, dado el silencio del PGC. Para ello alude a la normativa internacional de contabilidad, concretamente a la NIC 24, partes vinculadas, que establece lo siguiente en el apartado de “Definiciones”, en su apartado 9, (...) Parte vinculada. Una parte se considera vinculada con la entidad si dicha parte: d) es personal clave de la dirección de la entidad o su dominante. Precisándose a continuación el personal clave de la dirección como “*aquellas personas que tienen autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar las actividades de la entidad, ya sea directa o indirectamente, incluyendo cualquier miembro (sea o no ejecutivo) del consejo de administración u órgano de gobierno equivalente de la entidad*”. E igualmente hace referencia a distintas normas insertas en el ordenamiento jurídico español, que contienen definiciones de alta dirección, tales como: 1) RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, art. 1.Dos; 2) Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, art. 1.4; 3) Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, art. 11.3º. En el ámbito de las sociedades cotizadas, es necesario tener presente la definición de alto directivo contenida en el “Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, publicado por la CNMV el 16 de mayo de 2006, que afirma que serán altos directivos “aquellos directivos que tengan dependencia directa del Consejo o del primer ejecutivo de la compañía y, en todo caso, el auditor interno”.

40. A efectos de la elaboración de la memoria de cuentas anuales preparadas de acuerdo con el PGC, siguiendo las normas citadas, las características básicas que definen al personal de alta dirección son, en general, las siguientes: 1) El ejercicio de funciones relativas a los objetivos generales de la Sociedad: planificación, dirección y control de actividades de la Sociedad, de forma directa o indirecta; 2) La realización de funciones con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas del titular/es jurídicos de la Sociedad o de los órganos superiores de gobierno y administración que representen a dichos titulares.

Partiendo de esta acotación, y de lo establecido en la reseñada nota 23, apartado 6, del modelo de memoria para el PGC, que exige que en todo caso deba informarse sobre el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier tipo devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración⁴¹, es palmario que la información retributiva de los altos directivos deberá estar reflejada en las cuentas anuales y que se hace referencia al reflejo por separado del devengo de la retribución. Asimismo, la normativa precisa que esta información se dará de forma global por concepto retributivo, probablemente para facilitar su más fiel evidencia y su más adecuada interpretación.

Si se trasladan estos datos al Cuadro de Cuentas del PGC⁴², en uno de sus asientos –el 640– se incluye el concepto Sueldos y Salarios, que abarca las remuneraciones, fijas y eventuales, del personal de la empresa, precisándose que entre los movimientos al debe, se cargará por el importe íntegro de las remuneraciones devengadas, entre otras, las devengadas y no pagadas –siguiendo con la nomenclatura del PGC, con abono en la cuenta 465–. Es decir, entre los asientos de la cuenta 640, Sueldos y Salarios, se localiza una referencia expresa al reflejo en las cuentas de las retribuciones devengadas y no pagadas, y a la cuenta relacionada 465, remuneraciones pendientes de pago⁴³. Por ende, en el plan contable está previsto el concepto devengo de remuneraciones aún no pagadas, incluyendo la necesidad de que ello sea informado en la memoria contable de la empresa.

Adicionalmente, desde la perspectiva de la normativa mercantil esta opción hermenéutica también es ajustada a derecho, teniendo su reconocimiento toda una serie de consecuencias jurídicas, tales como las inherentes al reconocimiento de la

41. Esta obligación de información es reiterada por el artículo 200 LSC, que señala que deberá informarse sobre “El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración, cualquier que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto a los miembros antiguos y actuales del órgano de administración”.

42. El Cuadro de Cuentas del PGC incluye 9 grupos, entre los cuales el 6 hace referencia a Compras y gastos, incluyendo en el denominado asiento 640 el concepto Sueldos y Salarios, y precisando que entre los movimientos al debe, se cargará por el importe íntegro de las remuneraciones devengadas: 1) Por el pago en efectivo, con abono a cuentas del subgrupo 37; 2) Por las devengadas y no pagadas, con abono en la cuenta 465; 3) Por compensación de deudas pendientes, con abono en las cuentas 254, 460 y 544, según proceda; y 4) Por las retenciones de tributos y cuotas de la Seguridad Social a cargo del personal, con abono a cuentas del subgrupo 47.

43. Dicha Cuenta se ubica en el grupo 4 del Cuadro de Cuentas del PGC, denominado Acreedores y deudores por operaciones del tráfico jurídico, recogiendo los débitos de la empresa al personal por los conceptos citados en las cuentas 640 –Sueldos y Salarios– y 641 –Indemnizaciones–. La cuenta 465 deberá reflejar como movimiento en el haber, figurando en el pasivo corriente del balance las remuneraciones devengadas y no pagadas, con cargo a las reseñadas cuentas 640 y 641. Con carácter general, su movimiento es el siguiente: 1) Se abonará, por las remuneraciones devengadas y no pagadas, con cargo a las cuentas 640 y 641; 2) Se cargará cuando se paguen las remuneraciones, con abono a las cuentas del subgrupo 57.

retribución devengada, pero no abonada, como crédito salarial privilegiado en el contexto de la declaración de un concurso, teniendo presentes las limitaciones establecidas en la propia Ley Concursal –resultantes de la combinación de lo dispuesto en los artículos 242.1.2º, 280.1 y 287.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal⁴⁴.

A mayor abundamiento, las recomendaciones de buen gobierno aplicables a las sociedades cotizadas incluyen entre las mismas que el pago de una parte relevante de los componentes variables del salario se difiera por un período de tiempo, para facilitar su comprobación, de lo que también se infiere que puede haber una distinción entre el momento del devengo de esta porción de la retribución y su abono.

Asimismo, desde la perspectiva jurídico laboral, hay que enfatizar que los principios por los que se rige el devengo y abono de la retribución variable abogan, entre otros aspectos, por la necesidad de realizar la interpretación más acorde para la producción de efectos del pacto de incentivos⁴⁵, y en la operatividad de los principios de objetividad y transparencia en la determinación de los criterios que permitan concretar tanto el importe a abonar como el devengo de la retribución variable –distinguiendo estas dos acciones⁴⁶.

Finalmente, se puede resaltar que alrededor de la configuración normativa de alguno de los supuestos fácticos existentes en esta controvertida materia, también se constata la existencia de ciertos indicios que avalan la existencia de una distinción entre el devengo y el abono de la retribución variable. Concretamente, se puede aludir a la desatención por la Comisión Europea de la propuesta de algún gobierno de un Estado miembro de incluir expresamente en la delimitación normativa de un Fondo Público una referencia a que hasta que no se reembolse un determinado porcentaje de la financiación pública obtenida por una empresa, no se podrán devengar ni

44. El artículo 242.1.2º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, recientemente modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, precisa que los créditos laborales devengados durante los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, y dentro de ellos los de naturaleza estrictamente salarial –no extrasalariales o indemnizaciones–, se catalogarán de crédito contra la masa cuando su importe no exceda del doble del SMI. El artículo 280.1º añade que se incluyen como créditos con privilegio general en el concurso los créditos anteriores a la declaración del concurso por salarios, devengados y no abonados, que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. El resto de créditos laborales serían ordinarios. No obstante, en relación a la relación laboral especial de los altos directivos, hay que tener presente lo establecido en el artículo 287.2 TRLC, que precisa que no tendrán la consideración de créditos laborales los derivados de una relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en la parte que exceda de la cuantía prevista en el número 1.º del artículo 280. Vid. de forma complementaria lo establecido en el artículo 32 ET.

45. Cfr. Sala Social, STS 14 de noviembre de 2007, rec.616/2007 (ECLI:ES:TS:2007:8372).

46. Entre otras, STSJ País Vasco, de 7 de octubre de 2008, rec.1772/2008 (ECLI:ES:TS-JPV:2008:2806).

abonar *bonus* o retribuciones variables. La omisión de esta distinción expresa, parece respaldar la opción interpretativa que aboga por diferenciar estas dos acciones en relación a la retribución de altos directivos de empresas beneficiarias⁴⁷. Es decir, a *sensu contrario*, se puede interpretar que el silencio de la Comisión Europea en el supuesto en *litis* está evidenciando que no se quiere incluir en la norma comunitaria dicha distinción, y, por lo tanto, se refleja que la funcionalidad y el espíritu de la norma se restringe a la prohibición de abonar dicha parte del salario, no a su devengo.

Por consiguiente, tanto una interpretación literal, como una sistemática y teleológica de la normativa mercantil, laboral y contable que se ha traído a colación, permite distinguir entre los términos devengo y abono de la retribución, pues tal y como se ha expuesto ambos pueden reflejar momentos diferenciados en un *tracto* sucesivo. A mayor abundamiento, en algunos casos relacionados de forma específica con la retribución variable, entre otros el dilucidado en la STS 295/2021⁴⁸, de 2 de febrero de 2021, se efectúa esta distinción, exigiéndose a la empresa un especial cuidado en la fijación de las condiciones que pudieran ser necesarias para el devengo de los complementos salariales pactados, pues en caso contrario se podría penalizar a la misma, a causa de la falta de especificación previa de sus circunstancias de devengo y cuantificación, con el posible abono de la cuantía total del plus en cuestión.

En definitiva, salvo mejor criterio en Derecho, es factible realizar una interpretación que permita considerar que el alto directivo de una Sociedad, que tiene

47. En relación a la aplicación del apartado 78 del Marco Temporal de medidas de ayuda para sostener la economía ante la crisis del COVID-19, en el marco del proceso abierto por la Comisión para realizar ajustes a dicho Marco Temporal, en el documento “*Response of the Dutch authorities on the draft 6th Amendment of the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak and amendment to the Annex to the Communication from the Commission to the Member States on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to short-term export-credit insurance*”, dictado el 5 de octubre de 2021, en su apartado 2.6, las autoridades holandesas subrayaron que les gustaría precisar que parece que existe un error en el Marco Temporal, en la sección 3.11.6, punto 78, que señala “*States under no circumstances bonuses or other variable or comparable remuneration elements shall be paid*”, para seguidamente realizar una propuesta de ajuste a la Comisión Europea. En efecto, el gobierno holandés sugiere, en su documento de octubre de 2021, que la redacción debería ser “*Under no circumstances, shall bonuses or other variable or comparable remuneration elements be committed or paid*”. Es decir, el gobierno holandés propone a la Comisión distinguir expresamente en la Comunicación de 20 de marzo de 2020, y su modificación de 8 de mayo, en su apartado 78, entre *bonus* o retribuciones variables comprometidas o abonadas. Sin embargo, la Comisión Europea no ha atendido esta sugerencia, dejando inalterados los términos inicialmente incluidos en la regulación del Marco Temporal de Ayudas Estatales a causa del COVID-19, que como es sabido sólo hace referencia expresa y taxativa a la prohibición de abonar dichos componentes retributivos a miembros de consejos de administración de empresas que han recibido dichas ayudas, hasta el reembolso del 75% de lo percibido. Cfr. al respecto el documento enviado por el Ministerio de Economía holandés a la Comisión con fecha 5 de octubre de 2021, en el contexto de HT.5938-T *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*.

48. Sala Social TS, rec.127/2019 (ECLI:ES:TS:2021:295).

otorgadas facultades directivas, percibiendo retribución por el desempeño de las funciones ejecutivas inherentes a su cargo e incluso por su condición de Consejero de una Sociedad, devengue la retribución variable en los términos pactados en su contrato de alta dirección, aun cuando no se abone la misma en tanto en cuanto no se reembolse un determinado porcentaje del apoyo financiero otorgado por un Fondo público de Apoyo a la Solvencia de Empresas. De esta forma, se cumplirían los mandatos derivados de la normativa aplicable, tanto comunitaria como española, que en estos supuestos habitualmente establece que, hasta el reembolso de, al menos, el porcentaje que se indique de la financiación recibida, “*bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variable o equivalentes*”.

4. CONCLUSIONES

El establecimiento de complementos o pluses salariales por objetivos puede y suele plantear problemas interpretativos y de aplicación. No sólo por su propia naturaleza, sino también por las dificultades que muchas veces se detectan para determinar con certeza las condiciones de devengo y por los obstáculos que en ocasiones se presentan para proceder a su exacta cuantificación. Ante esta situación, es lógica la configuración, eminentemente jurisprudencial, de una serie de principios rectores de la retribución variable, fundamentalmente los de objetividad y transparencia, declarándose, entre otras directrices, que las condiciones de devengo no pueden quedar en manos exclusivamente de una de las partes, a tenor de las reglas generales sobre contratos y obligaciones del Código Civil –arts. 1115, 1116 y 1256–, así como que las condiciones de devengo, más aún si no son claras por causa imputable a la empresa, deberán ser interpretadas de la forma más acorde posible a su producción de efectos.

La estructura de la retribución de los altos directivos es pactada en el marco de la autonomía individual, en los contratos de prestación de servicios que se suscriben, y habitualmente incluye retribución dineraria fija, variable -anual y plurianual–, en especie y otros beneficios. Actualmente, es notorio que entre las partidas salariales de los altos directivos cada vez ocupan un lugar más relevante los *bonus*, siendo manifiesto que en esta porción de la retribución cada vez hay una mayor relación entre el resultado o beneficio de la empresa y su capital, así como su vinculación al resultado de distintas magnitudes económico-financieras de las empresas que no forman parte de su contabilidad oficial, sino analítica. En este caso, las medidas alternativas de rendimiento, como la EBITDA, no siendo obligatorias, son definidas por cada empresa, en función de los objetivos que se desean obtener, debiendo, en virtud del principio de transparencia, ser determinadas de forma clara, así como ser informado su contenido y alcance a los trabajadores.

En los últimos años con cierta asiduidad se han creado Fondos públicos de apoyo a empresas, que entre sus fines tienen proporcionar financiación a las empresas que acreditan que se encuentran en una situación económica complicada, por ejemplo a causa de la pandemia originada por el virus de la COVID-19. La creación de estos Fondos viene rodeada de toda una serie de condiciones y requisitos a cumplir por las candidatas a ser beneficiarias de las operaciones financiadas, a fin, fundamentalmente, de cumplir la normativa de Ayudas de Estado fijada a nivel de la Unión Europea. Entre las condiciones establecidas suele fijarse la consistente en la prohibición de abonar primas u otros elementos de retribución variable a los altos directivos de las empresas que obtengan estas ayudas, hasta que las mismas no reembolsen un determinado porcentaje de las mismas. Una interpretación literal estricta conlleva admitir que no es ajustado a derecho considerar que puede concurrir una suspensión provisional del pago de los derechos económicos contemplados en el contrato eventualmente devengados, sin perjuicio de su abono cuando se reembolse el porcentaje establecido en la normativa creadora del Fondo de apoyo público temporal percibido.

Sin embargo, el sentido literal de los preceptos normativos aplicables permite distinguir entre dos términos: devengar y abonar, no infiriéndose de la normativa aplicable en estos casos que exista una prohibición al devengo de esta porción de la retribución de los altos directivos, y a su abono diferido en el tiempo, cuando efectivamente concurren las circunstancias habilitantes previstas en la norma. Ello es refrendado tanto por la jurisprudencia, que en varios casos relacionados con controversias sobre la retribución variable distingue entre estos dos momentos vinculados a la retribución, como en una interpretación sistemática, atendiendo a otras normas que pueden ser traídas a colación.

En efecto, en materia contable el Plan General de Contabilidad exige que se informe en la memoria de cuentas anuales separadamente, entre otras, de las operaciones con “*el personal clave de la dirección de la empresa o de la entidad dominante*”, incluyendo en todo caso el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa. La delimitación y el desglose de la información relativa a la alta dirección afecta a la imagen fiel de las cuentas anuales de una sociedad y, correlativamente, se deberá reflejar contablemente su remuneración en los estados financieros. En concreto, el asiento que incluye el concepto Sueldos y Salarios, abarca las remuneraciones, fijas y eventuales, del personal de la empresa –incluyendo a los altos directivos–, puntualizándose que entre los movimientos al debe, entre otros, se cargarán las devengadas y no pagadas. Es decir, en la normativa contable se localiza una referencia expresa al reflejo en las cuentas de las retribuciones devengadas y no pagadas.

Asimismo, desde la perspectiva de la normativa mercantil la distinción que se sostiene también es ajustada a derecho, teniendo su reconocimiento toda una serie de consecuencias jurídicas, tales como las inherentes al reconocimiento de la retribución devengada, y no abonada, como crédito salarial privilegiado en el contexto de la declaración de un concurso; debiendo tenerse presente, eso sí, las limitaciones establecidas al respecto por la propia Ley Concursal, fruto de la combinación de lo dispuesto en los artículos 242.1.2º, 280.1 y 287.2 TRLC.

A mayor abundamiento hay que recordar que las Recomendaciones de Buen Gobierno aplicables a las sociedades cotizadas incluyen entre las mismas que el pago de una parte relevante de los componentes variables de la retribución se difiera por un período de tiempo, para facilitar su comprobación, de lo que nuevamente se deduce que puede haber una distinción entre devengo y abono.

En definitiva, en el supuesto de hecho controvertido analizado, cabe realizar una interpretación que permita considerar que un alto directivo, incluyendo a un posible Consejero de una sociedad que tiene otorgadas facultades directivas, devengue la retribución variable cuando se cumplan los términos pactados en su contrato, aun cuando no se abone la misma en tanto en cuanto no se reembolse el porcentaje fijado en la normativa creadora del apoyo financiero otorgado por el Fondo de Apoyo a empresas de que se trate.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Alcázar Ortiz, Sara; Del Val Tena, Ángel Luis (2017) “Los límites a la autonomía de la voluntad en la relación laboral especial del personal de alta dirección”, en AA.VV. (Parra Lucán, María Ángeles, Dtora.; Gaspar Lera, Silvia, Coordra.), *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Granada.
- Alzaga Ruíz, Icíar (2014) “La retribución variable: especial consideración del *bonus*, la participación en beneficios y la retribución por objetivos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 38.
- Lantarón Barquin, David (2014) “Economía, flexibilidad y esencia finalista del salario: en aras de un nuevo modelo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, 21-53.
- Matorras Díaz-Caneja, Ana (2014) “La retribución variable: su potencial flexibilizador”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 169, 113-156.
- Matorras Díaz-Caneja, Ana (2016) “Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 5. 21-61.
- Mercader Uguina, Jesús (2016) “Retribución variable y principios de Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, 5, 1-29.

- Mercader Uguina, Jesús; Torrontegui Ayo, Nerea (2021) “Retribución variable y los indicadores financieros como criterio para su determinación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, 1, 95-107.
- Roncero Sánchez, Antonio (2016) “La retribución variable de los consejeros ejecutivos tras la reforma del régimen legal sobre retribución de los administradores de las sociedades de capital”, *Revista Derecho Social y Empresa*, 5, 1-29.
- Todolí Signes, Adrián (2016) “Problemas interpretativos del *bonus* salarial: duración del plan de retribución variable, fijación de los objetivos a cumplir y cálculo del salario regulador en la indemnización por despido”, *Documentación Laboral*, 108, 57-80.