

PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DEL BONUS SALARIAL: DURACIÓN DEL PLAN DE RETRIBUCIÓN VARIABLE, FIJACIÓN DE LOS OBJETIVOS A CUMPLIR Y CÁLCULO DE SALARIO REGULADOR EN LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO.*

Adrián Todolí Signes**
Universidad Islas Baleares

SUMARIO: 1. El bonus salarial. –2. La duración del derecho a participar en un sistema salarial por objetivos. –3. Falta de concreción de los objetivos. –4. Incumplimiento de los objetivos por causa imputable al empresario. –5. El bonus y la indemnización por despido. –6. Conclusiones.

RESUMEN

La retribución por objetivos es un sistema salarial importado de los países anglosajones que tiene su traducción más prominente en términos jurídicos en el concepto de “bonus”. Los complementos salariales vinculados a la productividad han sido fuertemente recomendados por los agentes sociales en los últimos años pero sin que exista una regulación al respecto. Por su parte, sí se encuentra es una abundante Jurisprudencia y doctrina judicial que ha aumentado considerablemente en los últimos años. En este análisis se pretende perfilar la naturaleza jurídica, la calificación y los límites del “bonus” con objeto de dar seguridad jurídica. Una seguridad jurídica necesaria si se desea que se utilicen estos complementos salariales con objeto de aumentar la productividad laboral en nuestro país.

ABSTRACT

The performance-pay system is imported from the Anglo-Saxon countries that has its most prominent translation in the concept of “bonus” in legal terms. The allowances linked to productivity have been strongly recommended by the social partners in recent years but there is a lack of regulation in this regard. However, we can find an abundant jurisprudence and judicial doctrine that has increased considerably in recent years. This analysis is intended to outline the legal status, the rating and the limits of “bonus” in order to give legal certainty. Certainty necessary if you want these allowances are used in order to increase labour productivity in our country.

Palabras clave: Bonus, retribución por objetivos, salario, retribución variable, salario regulador, indemnización despido.

Key words: Bonus, Wages, performance pay.

*Recibido el 9 de septiembre. Aceptado el 20 de septiembre.

** Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.
Profesor Ayudante Doctor.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL *BONUS* SALARIAL.

1. EL *BONUS* SALARIAL

El régimen jurídico del bonus: La forma de retribución de la Dirección por objetivos.-

El término “bonus” por sí solo no tiene un significado preciso en nuestro Derecho. Por ello, tanto la doctrina¹ como los Tribunales² han pretendido dar una definición de este nuevo concepto importado por los empresarios de sistemas jurídicos anglosajones donde la libertad de la empresa es mucho mayor a la hora de delimitar la concesión y regulación de estas partidas salariales incentivadoras. En efecto los empresarios españoles, buscando esa libertad de concesión y regulación, han importado este concepto y esta forma de actuar que no encaja completamente con nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de ello, nuestro art. 26.3 ET otorga libertad a las partes para configurar como deseen la estructura salarial y también para aludir los complementos salariales con el apelativo que prefieran. Aceptado, pues, en derecho el concepto del bonus como un complemento salarial, habrá que conocer su régimen jurídico, las razones de su concesión, y su configuración para poder calificarlo.

Bonus por objetivos en el ámbito individual.- El ámbito individual es el lugar propio de este tipo de bonus³. Ello implica que el bonus se convierta en una mejora salarial cuyo nacimiento se origina en la propia voluntad empresarial o bien en el contrato de trabajo por acuerdo entre las partes. De esta manera, se ha dicho que el establecimiento del bonus es unilateral⁴—cuando no se pacta en el contrato de trabajo—, que es discrecional para el empresario⁵, o incluso se ha dicho que es una concesión graciosa del empresario⁶.

A este respecto, se debe afirmar que toda retribución salarial tiene como objetivo principal remunerar el trabajo, algo que, derivado del carácter recíproco del contrato de trabajo, nunca puede tener carácter unilateral. Es decir, su concesión efectivamente es voluntaria para el empresario puesto que la ley, ni en este caso la negociación colectiva, le obliga a otorgar remunera-

¹ “Sistemas diseñados por las empresas que poseen sus propias normativas internas y que vienen definidos por la idea de permitir ajustes dinámicos de su uso atendiendo a las circunstancias variables que puedan producirse”, MERCADER UGUINA, JR, *Salarios y crisis económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p 42.

² “Una compensación que la empresa abona a un determinado trabajador, retribuyendo un mayor rendimiento, una consecución de 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”, STSJ Madrid, de 13 de abril de 1999 (Rec. 1149/1999).

³ A pesar de ello, la negociación colectiva está haciendo grandes, y esperados, avances en este sentido. Respecto a este particular, una extensiva regulación del bonus por objetivos por parte de los convenios colectivos, que agote las posibilidades del ámbito individual no sería recomendable. Es importante que esta negociación se realice en el ámbito individual con objeto de incentivar y promover la participación directa de los trabajadores en la empresa, puesto que, en concreto, esta participación a través de representantes no ha tenido buenos resultados empíricos para la productividad. KLEINGELD, AD, TUIJL HARRIE VAN, ALGERA JEN, A., “Participation in the design of performance management systems: A quasi-experimental field study”, *Journal of Organizational Behavior*, v. 25, nº 7, 2004, p. 834. Ahora bien, una regulación colectiva que defina el sistema, obligue a su establecimiento, e imponga límites en su regulación, sería deseable. Además de ello, la negociación colectiva donde sí debería incidir especialmente es en los objetivos de carácter colectivo, los cuales son también muy utilizados: III Convenio Colectivo de Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA (BOE de 31 de octubre de 2011); VI Convenio colectivo de BP Oil España, SAU (BOE 5 de noviembre de 2008); Aguas de Lanjarón, SA., (BOE de 25 de agosto de 2010); XIX Convenio colectivo de Iberia Líneas Aéreas de España, SA y su personal de tierra (BOE de 19 de junio de 2010); Convenio colectivo de Finanzauto, SA., (BOE de 26 de agosto de 2011), entre otros.

⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial”, op cit., p 1773.

⁵ DOMINGO ARAGÓN, J., “Aspectos jurídicos-laborales del bonus”, AL, nº 17, 2004, p 2029; MATORRAS DÍAZ-CANEJA A., “El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial”, AL, Nº 15, 2010. p. 1772.

⁶ DOMINGO ARAGÓN, J., “Aspectos jurídicos-laborales del bonus”, op cit., p 2028.

ración alguna por objetivos, pero esto no indica que sea unilateral⁷. Todo sistema de remuneración, incluido la remuneración por objetivos, se contractualiza como parte del contrato de trabajo entre el empresario y el trabajador, lo que requiere la aceptación del trabajador. Otra cosa es que el trabajador no tenga poder negociador para modificar las condiciones en las que la remuneración por objetivos será establecida, pero aun así el trabajador debe aceptar aunque sea por adhesión o a través de una aceptación tácita⁸. Mantener que el bonus es unilateral sería como afirmar que el contrato de trabajo, y su contenido, lo es, algo descartado por el ordenamiento jurídico español⁹. Así pues, no debe considerarse el bonus de naturaleza unilateral, debido a la necesidad de aceptación por parte del trabajador del sistema de retribución por objetivos. Bilateralidad que no es baladí, sino que será importante para conocer los límites en su configuración.

Cuestión diferente es que si este sistema es una mejora en términos absolutos esta aceptación se podrá presumir¹⁰, y se incorporará, por tanto, al contrato de trabajo, sin necesidad de firma de un nuevo contrato. Ahora bien, si esta mejora no es tal, no podrá considerarse aceptada por el trabajador y, por tanto, no novará el contrato de trabajo. El Tribunal Supremo¹¹ así lo ha entendido en un caso en el que la empresa a través de una circular interna, que no había sido aceptada ni si quiera por adhesión por el trabajador, fijaba un bonus por objetivos con unos nuevos requisitos que no estaban establecidos en el contrato de trabajo del actor. Como consecuencia de la falta de aceptación expresa del trabajador, y de que estos requisitos eran en perjuicio de éste, el Tribunal entiende que se debe estar al contrato de trabajo y no a la declaración unilateral de la empresa. De esta forma, en esta Sentencia se comprueba que: 1) el establecimiento de un sistema de remuneración por objetivos no es unilateral, sino que es de carácter bilateral con necesaria aceptación del trabajador, y que una vez aceptado se incorpora al contrato de trabajo¹²; 2) Que esta aceptación no puede ser ni siquiera presumida si no queda claro que es una mejora en términos absolutos por encima de la ley, el convenio colectivo y el propio contrato de trabajo; 3) Que la aceptación expresa del trabajador es la única que permite empeorar las condiciones contractuales. Es decir, una novación contractual *in peius* ha de tener el consentimiento expreso del trabajador¹³.

Respecto a la discrecionalidad del bonus creo que es importante distinguir dos momentos en el tiempo. El primero, el momento de su establecimiento y el segundo, una vez determinado. Así, se parte de la voluntariedad del empresario en la fijación del bonus y en su regulación. Ahora bien, a partir de ese punto el empresario viene comprometido con sus propios actos y deberá mantener una conducta coherente cumpliendo aquello a lo que se comprometió¹⁴. Por ello, se debe defender la voluntariedad en su instauración, pero la exigibilidad en su cumplimiento una vez creado¹⁵. Exigibilidad que vendrá determinada obviamente por las condiciones que el empresario puso en el origen de la obligación y que el trabajador aceptó, aun tácitamente¹⁶.

⁷ Otros autores defienden que el hecho de que el nacimiento provenga de la voluntad empresarial implica que su fijación es unilateral, ALZAGA RUIZ, I., *Retribución de directivos y crisis económica*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 114. Pero a mi entender no se debe confundir el nacimiento de la "idea" con su fijación, es posible que la propuesta de fijación provenga de la voluntad unilateral del empresario pero su fijación será bilateral debido a la necesidad de consentimiento (aun tácito o presunto) del trabajador.

⁸ BORRAJO DACRUZ, E., "Modulación contractual de las mejoras salariales", *AL*, nº 9, 1991, p. 118.

⁹ Por todos, BORRAJO DACRUZ, E., "Configuración jurídica del salario (notas para un estudio)" *RPS*, nº50, 1961, p. 7.

¹⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial", op cit., p. 1773.

¹¹ STS de 8 de octubre de 2008 (Rec ud. 582/2008), esta Sentencia confirma la STSJ de Madrid de 27 de diciembre de 2007 (Rec. 447/2007).

¹² Dice el Tribunal Supremo "no consta que su contenido haya sido objeto de pacto ni siquiera que el trabajador se haya adherido a la misma, por lo que ninguna eficacia tiene para regular la relación entre las partes al margen de lo previsto en el contrato de trabajo", STS de 8 de octubre de 2008 (Rec ud. 582/2008).

¹³ "El salario pactado no puede ser modificado por voluntad de una de las partes, aunque tal voluntad se plasme en una circular interna", STS de 8 de octubre de 2008 (Rec ud. 582/2008).

¹⁴ DOMINGO ARAGÓN, J., "Aspectos jurídicos-laborales del bonus", op cit, p 2029; MATORRAS DÍAZ-CANEJA A., "El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial", op cit., p. 1774.

¹⁵ BORRAJO DACRUZ, E., "Modulación contractual de las mejoras salariales", op cit., p. 115.

De este modo, el empresario es libre en configurar como desee este bonus por objetivos, pero luego quedará comprometido por la regulación que otorgó¹⁷.

2. LA DURACIÓN DEL DERECHO A PARTICIPAR EN UN SISTEMA SALARIAL POR OBJETIVOS.

Bonus y condición más beneficiosa.- Esta relación descrita entre voluntariedad en su establecimiento y exigibilidad, una vez establecido, ha planteado conflictos con la aplicación de la doctrina de la condición más beneficiosa. Esta doctrina dispone que las mejoras concedidas a los trabajadores cristalizan en derechos adquiridos sin que posteriormente el empresario pueda unilateralmente modificarlas o eliminarlas.

Las características principales de las condiciones más beneficiosas son¹⁸: 1) La existencia de una ventaja o beneficio social para el trabajador o grupo de trabajadores por encima de lo que obliga la ley, o el convenio colectivo; 2) La concurrencia de una voluntad inequívoca del empresario de concesión de esa ventaja, algo que la mera persistencia en el tiempo no asegura aunque puede ser un indicio; 3) El hecho de que, una vez fijada la condición más beneficiosa, ésta se contractualiza siendo inatacable unilateralmente por el empresario.

Partiendo de las características vistas, se deduce que lo determinante para considerar que un bonus ha pasado a ser condición más beneficiosa es la voluntad del empresario en el momento de su otorgamiento. En coherencia con lo anteriormente dicho, el empresario es libre de establecer la regulación del bonus por objetivos cuando lo concede voluntariamente, de forma que será válida, por ejemplo, la limitación de la duración de un plan retributivo –que incluya el devengo del bonus por el cumplimiento de unos objetivos– a un año¹⁹. En este caso, al ser la duración anual, una vez terminado el año la empresa pierde toda vinculación obligacional al respecto, no siendo obligatorio que el año siguiente repita la configuración del plan en absoluto.

¹⁶ SSTs de 26 de enero de 2006 (rec. 3813/2004) y de 25 de septiembre de 2008 (rec. ud. 4387/2007); BORRAJO DACRUZ, E., "Modulación contractual de las mejoras salariales", op. cit., p. 118.

¹⁷ "Voluntariamente el empleador la constituye, y en determinadas situaciones establece su devengo, de forma unilateral para obtener determinadas actividades, resultados o prestaciones y servicios del trabajador (...). En su determinación o nacimiento está la voluntad empresarial, y por ello indicamos que su fijación es unilateral. Ahora bien, este carácter no debe confundirse con una arbitrariedad por parte del empleador a la hora de su devengo, pues una vez que aflora el mismo se constituye en prestación, y por tanto con efectos jurídicos, dentro de las reglas fijadas para las obligaciones, las prestaciones recíprocas, y en términos generales el contrato de trabajo", STSJ del País Vasco, 7 de octubre de 2008 (rec. 1772/2008).

¹⁸ Como es reiterado en la doctrina, y en la jurisprudencia, "la condición más beneficiosa no es otra cosa que una mejora de las condiciones laborales nacida o generada por la voluntad de los interesados e incorporada al conjunto de los derechos del trabajador o trabajadores afectados" (STS de 30 de junio de 1993 (rec. 1961/1992)); y "para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que esta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión. Sin embargo no es la mera persistencia en el tiempo la que crea la condición más beneficiosa, sino que esa persistencia tiene que ser indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, integrando así la reiteración una declaración tácita de voluntad en ese sentido" ((STS de 7 de julio de 2010 (rec. 196/2009)); Además, la condición más beneficiosa "una vez incorporada al nexo contractual se impide extraerla del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de éstas" (STS de 12 de mayo de 2009 (rec. 4/2008) y 29 de junio de 2009 (rec. 640/2008)).

¹⁹ STS de 7 de julio de 2010 (rec. 196/2009), SAN de 29 de septiembre de 2009 (núm. proced. 134/2009) y de 24 de septiembre de 2009 (núm. proced. 156/2009); STSJ de Andalucía, Málaga de 28 de mayo de 2002 (rec. 163/2002); STSJ de Cataluña de 9 de junio de 2009 (Rec. 1870/2008), aquí la periodificación anual se complementaba además con una cláusula de no vinculación para el futuro.; STSJ de Madrid de 29 de enero de 2008 (Rec. 4706/2007); STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2008 (Rec. 2104/2008) en este caso la delimitación era de carácter bianual; STSJ de Madrid de 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4613/2005) en este caso cada año la empresa al establecer el plan dejaba claro el carácter no garantizado de su existencia.

En el supuesto descrito, no se estará eliminando el bonus por objetivos ni se estará modificando de un año a otro, sino que simplemente el sistema retributivo fue establecido con una duración determinada y, una vez superada, desaparece el derecho. Una Sentencia paradigmática en este sentido es la STS de 7 de julio de 2010 (Rec. 196/2009)²⁰. En este caso la empresa durante cuatro años seguidos estableció un plan retributivo por objetivos fijando una duración anual en cada uno de ellos. Al quinto año la empresa decide no conceder nuevamente el plan retributivo, a lo que los trabajadores se oponen alegando la cristalización del plan como condición más beneficiosa. El Tribunal Supremo resuelve que la voluntad del empresario era establecer planes retributivos de carácter anual y, por tanto, terminada la duración es voluntario para el empresario volver a conceder la retribución por objetivos. Es decir, no se estaba ante un plan retributivo por objetivos de carácter indefinido, sino ante cuatro planes retributivos de duración anual, donde el empresario en cada uno de ellos era libre de establecer uno nuevo o no.

Ahora bien, esa libertad del empresario de regular el bonus no puede llegar al extremo de incluir en su regulación la posibilidad de modificarlo o suprimirlo unilateralmente. El salario del trabajador –que es claramente un elemento esencial del contrato de trabajo–, no puede quedar al arbitrio de una de las partes, de acuerdo con el arts. 1256 y 1115 del Código Civil. Así pues, una cosa será establecer el bonus con una duración determinada –algo permitido por nuestra legislación–, y otra cosa distinta establecerlo con carácter indefinido reservándose el empresario la posibilidad de modificarlo o suprimirlo unilateralmente. Es posible que *a priori* ambas cuestiones parezcan similares pero la técnica jurídica utilizada es suficientemente diferenciada para que una este permitida por la normativa y la otra merezca la censura legal de los artículos citados.

A pesar de esto, el Tribunal Supremo ha admitido esta reserva potestativa del empresario de disponer de un complemento salarial por objetivos para admitir la modificación unilateral por parte del empresario sin necesidad de recurrir al art. 41 ET. En este caso, la empresa se había reservado tal potestad, tanto en el manual de la empresa como en las cláusulas contractuales, y por esta razón, el Tribunal entiende que es válida una reducción unilateral y sin seguir el procedimiento del art. 41 ET. En concreto, esta Sentencia argumenta que al haberse reservado contractualmente la empresa la potestad de modificar el salario variable, esta modificación no puede ser considerada sustancial y queda dentro del “ius variandi” del empresario²¹. A mi parecer, hay dos razones para la crítica:

- 1) La primera razón parte de la imposibilidad de que el salario del trabajador quede al arbitrio del empresario puesto que de hacerlo se están conculcando los arts. 1256 y 1115 del Código Civil. Siendo, por tanto, no conforme a derecho que la empresa se reserve la potestad de modificación de las condiciones de devengo del bonus, haciéndolo de manera unilateralmente y al margen del art. 41 ET²².

²⁰ Confirmando la SAN de 29 de septiembre de 2009 (núm proced. 134/2009); En el mismo sentido SAN de 30 de octubre de 2007 (núm. 111/2007).

²¹ STS de 22 de noviembre de 2005 (Rec 42/2005) confirmando la SAN de 24 de enero de 2005 (num. Proced. 151/2004), que utiliza los mismos argumentos. En este caso, la decisión de la empresa consiste en reducir la escalada de comisiones debido a un aumento de los precios de los productos provocado, a su vez, por un incremento del precio de las materias primas. De esta manera, entiende la Sentencia que está justificada la deflación de las tarifas vigentes debido a los cambios de circunstancias ocurridas, citando expresamente la cláusula “rebus sic stantibus”. A este respecto se debe recordar la propia doctrina del Tribunal Supremo que ha advertido que el art. 41 ET es la traslación de dicha cláusula al terreno laboral, STS 19 de marzo de 2001 (rec. ud. 1573/2000), entre otras. En el mismo sentido, STSJ de Islas Canarias de 1 de octubre de 2013 (Rec. 4/2013). Esta Sentencia que se acaba de citar a su vez se apoya para su razonamiento en una SAN de 30 de octubre de 2007 (núm. 111/2007), pero a mi juicio la Sentencia de la AN enjuicia un caso distinto. La SAN enjuicia un caso en el que la concesión era para un año concreto reservándose la empresa la posibilidad de renovar el sistema retributivo. De esta manera en este supuesto existían unos límites temporales claramente delimitados que permitían a la empresa suprimir, modificar o renovar el sistema una vez superado el término para el que se concedió.

²² Cuestión diferente es que en este caso la empresa, en el momento de conceder el bonus, hubiera establecido que ante la posibilidad del incremento de precios de los productos, las tarifas se verían reducidas conforme a ese

2) La segunda razón es que, entendamos el art. 41 ET como imperativo o como mínimo de derecho necesario, en cualquier caso no es dispositivo. Así pues, el trabajador y el empresario no pueden pactar en el contrato de trabajo²³ disposiciones que faciliten al empresario la modificación unilateral del contrato individual de trabajo (art. 3.1 c) ET). Como resultado de esto, el concepto de modificación sustancial, o lo que entendemos por ello, no puede ser alterado por la autonomía de la voluntad de las partes.

En consecuencia, aunque el empresario pueda establecer que un bonus salarial tiene una duración determinada, nunca va a poder reservarse para sí la posibilidad de modificarlo o suprimirlo unilateralmente²⁴. Al reglamentar una duración concreta, solamente estará regulado el final de la ventaja salarial, pero desde su nacimiento hasta su desaparición del mundo jurídico por cumplimiento del término, el empresario estará compelido por ese bonus sin que pueda modificarlo unilateralmente, salvo siguiendo el art. 41. ET²⁵.

De esta manera, el problema surge cuando el empresario no dice nada sobre la duración del derecho al bonus (no concreta si tendrá duración determinada o indefinida). En este caso, entiendo que el silencio de quien estableció la regulación no puede beneficiarle. Efectivamente, la empresa, cuando implantó el plan retributivo de manera voluntaria, fijó cuantas regulaciones entendió oportunas, por lo que de no hacer referencia a la duración del plan debería entenderse que lo fijó de duración indefinida. En este sentido, parte de la doctrina ha defendido que "la mejora salarial se consolida cuando falta una voluntad expresa de la empresa en sentido contrario"²⁶. Así pues, a falta de esa voluntad expresa, el bonus salarial quedará consolidado. Además de ello, para evitar la consolidación del derecho al bonus es necesario que se sea coherente y se cumpla con la fijación del término establecido en la concesión del bonus, puesto que las prórrogas tácitas generan una expectativa razonable de que se renueven en años sucesivos²⁷. Por ello, si se quiere evitar la consolidación del derecho es necesario que las prórrogas sean expresas.

A favor de esta interpretación se ha pronunciado el Tribunal Supremo, que ha entendido que es necesario dejar claro que el sistema retributivo que incluye un bonus por objetivos tiene duración determinada, no siendo posible inferirlo simplemente porque su concreción fuera anual. En la Sentencia de 16 de mayo de 2012 (rec 168/2011), el Tribunal Supremo resuelve que la fijación anual del plan retributivo donde cada año se establecen objetivos diferentes, y retribuciones distintas, no es suficiente para entender que la empresa quiera ofrecer el sistema retributivo solo durante esos años²⁸. El Tribunal Supremo entiende que el hecho de que la retribución se cuantificara anualmente no impide que existiera una obligación indefinida de establecerla. Por ello, dictamina que la empresa, al no cuantificarla en un año, incumplió tal obligación

aumento, algo que se hubiera podido hacer de manera tan sencilla como diciendo que las tarifas reguladas eran consideradas a precios constantes. En definitiva, lo que se pretende decir es que lo que no puede hacer la empresa es reservarse una potestad de modificar a posteriori la regulación del bonus, pero nada impide a la empresa prever estas situaciones y tenerlas en consideración en el momento de la concesión del bonus.

²³ Ni tampoco a través de la negociación colectiva.

²⁴ Lo que no obsta para que el empresario pueda modificarlo con el consentimiento expreso del trabajador novando así el contrato. A este respecto las SSTs de 21 de marzo de 2006 (Rec 4539/1997) y de 22 de junio de 1998 (rec. 194/2004), permiten un sistema de incentivos sea modificado enviando a todos los trabajadores un email con la nueva propuesta y un contrato de aceptación que deberían devolver firmado. Aquellos trabajadores que no aceptaran seguirían con su anterior plan. Sumado a ello, el Tribunal entiende en ambos casos que la modificación no es sustancial por ser de poca entidad.

²⁵ STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2012 (Rec. 3578/2011).

²⁶ BORRAJO DACRUZ, E., "Modulación contractual de las mejoras salariales", op cit., 117.

²⁷ BORRAJO DACRUZ, E., "Modulación contractual de las mejoras salariales", op cit., 118, este autor incluso defiende que las prórrogas expresas acabaran convirtiendo el derecho temporal en indefinido, aplicando para ello la técnica de la presunción de que la cláusula de duración temporal con prórroga sucesiva, ha mutado en cláusula de duración indefinida.

²⁸ A mi entender esto no cambia el criterio asentado en la STS de 7 de julio de 2010 (196/2009) recientemente vista donde dice que "la fijación anual del sistema de retribuciones variables hace descartable que la empresa tu-

que era de naturaleza indefinida, y vulneró el derecho de los trabajadores a disponer de una retribución variable en función del cumplimiento de unos objetivos.

Es importante señalar, como indica la Sentencia, que cuando un bonus salarial cristaliza en condición más beneficiosa o en condición contractual de carácter indefinido no se está ante la cristalización del derecho a la precepción del bonus en cualquier caso, sino al derecho a que estos objetivos se establezcan y a tener la oportunidad de percibir el bonus si se cumplen.

Ahora bien, otra parte de la doctrina, en sentido contrario, entiende que la naturaleza discrecional del bonus impide en cualquier caso su cristalización como condición más beneficiosa²⁹. Se argumenta que en caso de que la empresa nada haya dicho sobre su duración, se debe interpretar que el bonus es de naturaleza temporal y que la empresa es libre de modificarlo y suprimirlo unilateralmente. Esta doctrina, argumenta, en definitiva, que el bonus “escapará al juego de condición más beneficiosa tanto en términos colectivos como individuales”. Dejando solo dos posibilidades: 1) Que el bonus se haya desnaturalizado pagándose sistemáticamente, puesto que en tal caso dejará de ser bonus y podrá considerarse una condición más beneficiosa; 2) Que el bonus forme parte de una remuneración pactada —*ex ante*—, puesto que en tal caso sería inatacable e indisponible para el empresario³⁰. En definitiva, según esta posición doctrinal el carácter unilateral, voluntario y discrecional del bonus hace que no le afecte el principio de condición más beneficiosa, no pudiéndose considerar nunca un derecho adquirido³¹.

Para valorar esta posición doctrinal es importante recordar que el bonus no es más discrecional que cualquier otra mejora voluntaria a nivel individual concedida por el empresario. En todos los casos, la empresa concede voluntariamente la mejora y, en su origen, fija la regulación que reglamentará su concesión y devengo. Por esta razón, cuando la concesión no nace de un pacto expreso y negociado habrá que estar a lo establecido por el empresario, el cual instaura voluntariamente la regulación. Por lo que nada impide que esta concesión sea indefinida si así lo desea el empresario o que sea de duración determinada si así lo prefiere en el momento de su concesión. Ahora bien, el problema vendrá cuando el empresario nada haya dicho al respecto. En este caso, a mi entender, hay varias razones para defender que si el empresario nada dijo, esta duración deberá ser indefinida, manteniendo por tanto el derecho del trabajador a tener un plan de retribución por objetivos:

1) *Oscuridad*: La primera razón es que es el empresario el que realiza la concesión y la regulación, y de acuerdo con el art. 1288 del Código civil, el que establece la oscuridad de una cláusula no debe salir favorecido de ella. Así pues, si el empresario es el que realiza la regulación conforme desea, recae sobre él la responsabilidad de una mala regulación o una regulación incompleta. Siendo necesario, por tanto, entender que a falta de delimitación temporal clara, será de duración indefinida.

viera voluntad inequívoca de consagrar un sistema de retribución variable inamovible”. No cambia de criterio puesto que el *criterio decidendi* es el mismo y es la claridad con la que la empresa fija la temporalidad del plan bonus. Siendo en la Sentencia de 7 de julio de 2010 suficientemente claro que era anual, pero no siéndolo en la Sentencia de 16 de mayo de 2012. Y esto confirma que la falta de claridad perjudicará al empresario.

²⁹ STSJ de Murcia de 16 de abril de 2012 (rec. 516/2011) esta Sentencia mantiene que una retribución variable por objetivos que se repite en el tiempo “más que una condición más beneficiosa se estaría, en puridad, ante la existencia de derecho condicional al cobro una vez cumplidas unas condiciones, que no se acreditan, ni tan siquiera describen, por lo que la demanda no puede prosperar”. A mi parecer, en concreto, esta Sentencia confunde el cobro del bonus con el establecimiento del sistema retributivo variable. Efectivamente no puede existir condición más beneficiosa sobre la retribución ya que esta era condicional, pero eso no impide que sí que exista sobre el establecimiento de un plan de retribución variable al que la empresa estaría obligada.

³⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial”, op cit., p 1769.

³¹ DOMINGO ARAGÓN, J., “Aspectos jurídicos-laborales del bonus”, op cit, p. 2030. En este sentido algunas pocas Sentencias han considerado el carácter graciable del bonus para entender que no existe voluntad del empresario de conceder tal mejora y, por tanto, para denegar su consideración como condición más beneficiosa, ver STSJ de Murcia de 16 de abril de 2012 (Rec 516/2011); 9 de julio de 2012 (Rec. 40/2012); y STSJ de Castilla y León, Burgos, de 19 de noviembre de 2008 (Rec. 615/2008).

2) *Expectativas*: El segundo motivo es la creación de expectativas en los trabajadores. Una regulación de un sistema retributivo que no deja clara y de manera expresa su temporalidad, ni sus causas de extinción, y que, además, se repite en el tiempo, da a entender que se mantendrá, por lo que los trabajadores tendrán una expectativa legítima de mantenimiento de este tipo de retribución³².

3) *Reciprocidad*: En fin, a mi juicio, el bonus no encaja con la definición clásica de condición más beneficiosa, pero no porque sea discrecional y voluntaria en su origen (que todas las mejoras salariales lo son), sino porque no se concede "sin contraprestación".

La teorización de la condición más beneficiosa nace porque el empresario entrega una mejora sin pedir nada a cambio directamente, así pues, hay dudas de que la reciprocidad del contrato de trabajo obligue al empresario a contractualizar estas mejoras. Pero estas dudas no aparecen en el caso de un bonus por objetivos. En este caso, la mejora salarial nace claramente por un mayor esfuerzo del trabajador en cumplir los objetivos, y el empresario obtiene el cumplimiento de estos objetivos, por lo que en definitiva en el caso del bonus por objetivos es más fácil entender que existe una cristalización del derecho a la existencia de un plan de retribución variable, pues no cabe duda que encaja perfectamente con la reciprocidad del contrato de trabajo³³.

Por tanto, la conclusión no debe ser otra que estar a lo establecido por el empresario sobre su regulación temporal o indefinida. Pero a falta de ésta, dada la reciprocidad en las prestaciones existente en un bonus por objetivos, como condición contractual que es, sobre ella debe recaer la misma presunción legal de indefinición que recae sobre el contrato de trabajo.

Es decir, presumir que el contrato de trabajo es indefinido, significa presumir que el contenido del contrato de trabajo lo es, y de esta manera, dado que el sistema salarial es contenido esencial del contrato de trabajo debe entenderse indefinido salvo que se pruebe otra cosa.

Por estas razones, y en particular por la última, a mi juicio, no estamos ante la simple aplicación de la doctrina tradicional de la condición más beneficiosa por la que es necesario que la regularidad, persistencia y disfruten en el tiempo sean indicativas de una voluntad del empresario de reconocer tal beneficio³⁴, sino al contrario, debiendo entenderse que el establecimiento de un plan retributivo por objetivos se hace con carácter indefinido salvo que se indique expresamente la temporalidad en su regulación por parte del empresario.

3. FALTA DE CONCRECIÓN DE LOS OBJETIVOS

Acerca de la falta de concreción de los objetivos.— La fijación de las metas tiene, dentro de la dirección por objetivos, la misión de involucrar a los trabajadores e incentivar su participación, mejorando la comunicación en la empresa. Sin ellos no se puede motivar a los trabajadores ni saber en última instancia su grado de esfuerzo. A pesar de su importancia capital, existen casos en los que no se concretan y, por tanto, el trabajador no puede cumplirlos quedando desmotivado para esforzarse. Pero, además de ello, esta falta de fijación de los objetivos también tiene consecuencias jurídicas respecto al sistema de remuneración por objetivos.

En este supuesto, se hace referencia a un sistema de remuneración por objetivos pactado en convenio colectivo, contrato de trabajo o reglamentado unilateralmente por la empresa de

³² BORRAJO DACRUZ, E., "Modulación contractual de las mejoras salariales", op cit, p. 118; MERCADER UGUINA, JR, *Salarios y crisis económica*, op cit., p 45.

³³ En este sentido la STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2008 (rec. 1772/2008) afirma, respecto al bonus, que "no es que estemos ante una condición más beneficiosa, sino ante el establecimiento de una partida retributiva, fijada en su nacimiento por el empresario, y que se constituye en elemento continuado en el tiempo".

³⁴ Por todas, STS 30 de diciembre de 1998 (Rec. 1399/1998).

duración superior al establecimiento de los objetivos. Es decir, si los objetivos se fijaron para un año pero el sistema es de duración superior, por ejemplo indefinido, una vez transcurrido el año, cumplidos o no los objetivos, será necesario que se establezcan nuevos objetivos para que el trabajador pueda cumplirlos y percibir el bonus. Aquí, se plantea qué ocurre cuando no hay objetivos pero sí existe una obligación de remunerar al trabajador a través de este sistema.

La inexistencia de objetivos impide que el trabajador pueda cumplir la condición que le permite obtener el bonus. Por ello, la falta de fijación ha sido objeto de reclamación ante los Tribunales por parte de los trabajadores, habiendo en la jurisprudencia y en la doctrina dos soluciones diferentes. Una mayoritaria que defiende el derecho de los trabajadores a cobrar el bonus, y una minoritaria que sostiene la necesidad de una solicitud del trabajador de concreción de los objetivos, sin la que no se podría reclamar a la empresa por su incumplimiento. Además, esta tesis defiende que podría haber una indemnización de daños y perjuicios para el trabajador por la falta de concreción de los objetivos, pero nunca el derecho a percibir el bonus³⁵.

Falta de objetivos: Necesidad de requerimiento del trabajador y restitución indemnizatoria.— La tesis minoritaria, mantenida por algunos Tribunales Superiores de Justicia, establece que el trabajador no puede excusarse en la inexistencia de objetivos para solicitar el pago del bonus³⁶. Estas Sentencias alegan que el actor pudo haber solicitado que se fijasen los objetivos, pero que lo que no puede es reclamar directamente la retribución variable pactada, faltando el presupuesto necesario para que surja la obligación, es decir, los objetivos. De esta manera, esta tesis mantiene que el incumplimiento de la empresa de fijar los objetivos, no puede significar el derecho del trabajador a cobrar el bonus de manera incondicionada, sino que debe haber una actuación de buena fe del trabajador que implica, al menos, haber solicitado a la empresa que los fijara³⁷. Asimismo, estas Sentencias advierten que el incumplimiento, por parte de la empresa, de la fijación de los objetivos, solamente hubiera llevado a una indemnización por daños y perjuicios pero nunca al cobro del bonus. De acuerdo con estas Sentencias, la fijación de los objetivos por parte de la empresa es una obligación contractual que asume ante el trabajador y su incumplimiento puede derivar, en su caso, en una indemnización de daños y perjuicios para el trabajador pero no en el cobro del bonus³⁸.

Para rebatir esta tesis, el Tribunal Supremo, esgrime cuatro motivos o argumentos que ahora se pasan a analizar.

Falta de objetivos: conversión en obligación pura o incondicionada.— La doctrina mayoritaria defendida por el Tribunal Supremo³⁹, y por la mayoría de la doctrina judicial⁴⁰, dictami-

³⁵ Existe en la doctrina judicial una tercera posibilidad mantenida por la STSJ de Andalucía, Málaga de 28 de mayo de 2002 (rec. 163/2002) la cual defiende que en estos casos existen dos condiciones para la precepción del bonus, una primera que es el cumplimiento de los objetivos pero también una segunda que es la fijación de estos, por tanto solo en caso de que se fije y se cumplan hay derecho al bonus. La crítica a esta tesis proviene del propio art. 1115 y del 1256 del Código Civil que impiden que dependa la voluntad del empresario el cumplimiento de la condición, por ello es imposible considerar que la fijación de los objetivos es una condición porque en tal caso estaría en manos del empresario. Además esta interpretación no es posible también por interdicción del art. 1288 del Código civil que impide que la oscuridad se interprete a favor de la parte que la provocó, por tanto no es posible entender de esta forma el significado de este tipo de obligaciones condicionales.

³⁶ En este sentido se posiciona DOMINGO ARAGÓN, J., "Aspectos jurídicos-laborales del bonus", AL, nº 17, 2004, p. 2034 y LLOMPART BENNASSAR., El salario: concepto, estructura y cuantía, La Ley, Madrid, 2007, pp. 452 y ss.

³⁷ STSJ Cataluña, de 4 de noviembre de 1995; de 10 de octubre de 2001 (rec. 3750/2001); de 14 de marzo de 2003 (rec. 2034/2002). Madrid 24 de mayo de 2005 (rec. 490/2005).

³⁸ STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001 (rec. 3362/2001) de 9 de diciembre de 2002 (Rec. 3570/2002) de 5 de octubre de 2004 (rec. 652/2004); de Extremadura de 26 de abril de 2002 (Rec 171/2002); Castilla y León, Valladolid de 19 de enero de 1993 (Rec. 1513/1992) y Galicia 15 de febrero de 2013 (rec. 5078/2009).

³⁹ Ver SSTS de 19 de noviembre de 2001 (Rec ud. 3083/2000); de 14 de noviembre de 2007 (rec 616/2007); de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 1203/2011); de 16 de mayo de 2012 (rec. 168/2011); de 9 de julio de 2013 (rec. ud. 1219/2012).

nan que la falta de concreción de los objetivos solo puede perjudicar a la empresa y, por tanto, el trabajador tendrá derecho a cobrar el bonus en caso de falta de concreción⁴¹. Es decir, se parte de la idea de que la prima forma parte del salario concertado cuya cuantía dependerá del grado de cumplimiento de los objetivos “asignados”, lo que quiere decir que la empresa debe fijar al trabajador los objetivos cada año (o el tiempo pactado), sin que quepa la liberalización del abono de aquella cuando la empresa no facilite al trabajador los objetivos a cumplir⁴². Los argumentos que apoyan esta tesis son los siguientes:

1) La empresa que no fija los objetivos e impide que el trabajador pueda cobrar el bonus convierte el contrato “en un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes contrariando lo prohibido por el art. 1256 del Código Civil y, por tanto, en un pacto de incentivos realmente no condicionado, y exigible en la cuantía prometida”⁴³.

2) Era al empresario al que incumbía fijar unos objetivos que nunca llegó a establecer y, de esta manera, impidió el deudor que el trabajador cumpliera la condición que le daba derecho a percibir el bonus, algo prohibido por el art. 1115 del Código Civil⁴⁴. Así pues, de acuerdo con este precepto, si la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor la obligación condicional será nula, afirmando el Tribunal Supremo que esto significa que la obligación de pagar el bonus deja de estar condicionada para pasar a ser directamente exigible por el trabajador⁴⁵.

⁴⁰ Ver SSTSJ de La Rioja de 31 de diciembre de 1994; de 27 de junio de 1995; 17 de marzo de 1998 (Rec 33/1998); Madrid de 15 de julio de 2008 (rec. 1931/2008); de 14 de diciembre de 2009 (rec. 4622/2009); de 25 de marzo de 2010 (rec. 5990/2009); 7 de noviembre de 2011 (rec. 1161/2011); 5 de marzo de 2012 (rec. 2129/2011); 22 de febrero de 2013 (rec. 6257/2012); C. Valenciana de 12 de julio de 2002 (rec. 3789/2000); Castilla la Mancha 19 de noviembre de 2012 (rec. 1201/2012); Cataluña de 23 de octubre de 2012 (rec. 3578/2011) y la SAN de 9 de mayo de 2011 (rec. 69/2011).

⁴¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial", op cit., p 1772; AAVV., Retribución variable, op cit., p 47.

⁴² STSJ de La Rioja 17 de marzo de 1998 (Rec 33/1998).

⁴³ El art. 1256 del Código Civil dice así: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

⁴⁴ El art. 1115 del Código Civil dice así: “Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código.” Este argumento también ha sido utilizado por la doctrina ver MERCADER UGUINA, JR., “Retribución variable y nuevas formas de gestión del rendimiento”, op cit., p 130; MERCADER UGUINA, JR., “Nuevos contenidos del salario”, en AAVV., (Dir. Escudero Rodríguez R.), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p 433; MERCADER UGUINA, JR., y FERNANDEZ SANCHEZ S., “Salarios variables vinculados a los resultados empresariales. Retribución por objetivos” en AAVV (coord. ESCUDERO RODRIGUEZ R.) Observatorio de la negociación colectiva, ed CCOO, Madrid, 2002, p 135; MERCADER UGUINA, JR., Salarios y crisis económica, Tirant, Valencia, 2011, pp. 46 y 67.

⁴⁵ En contra existe una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1990 que dictamina que el “art. 1115 que comentamos, dispone que en tales casos «la obligación condicional será nula»; es decir, de lo que este precepto ordena no se deduce ni desprende que, en los supuestos de condiciones rigurosamente potestativas, la condición se tenga por no puesta e inexistente, con lo que la obligación quedaría constituida como obligación pura o incondicionada, sino que lo que se establece en él es la nulidad de esta obligación condicional, con todas sus consecuencias; así pues, aplicando estas consideraciones al caso ahora enjuiciado, resultaría que partiendo de la tesis del tercer motivo del recurso, llegaríamos a la conclusión forzosa e ineludible, de la nulidad de la obligación de satisfacer al actor el porcentaje del 0,5 por 100 de la facturación, al estar sujeta a una condición de la clase comentada”. Así pues, el Tribunal Supremo posteriormente cambió de criterio entendiendo que la infracción del art. 1115 del Código Civil implica convertir la obligación en pura o incondicionada, para llegar a esta conclusión se basa precisamente en los otros tres argumentos, en concreto en la necesidad de interpretar la cláusula en un sentido que le permita causar efectos (art. 1284 del Código Civil), y también en que la oscuridad o ambigüedad de una cláusula no puede beneficiar a quien la puso (art. 1288 del código civil), ver al respecto SSTJ de 19 de noviembre de 2001 (Rec ud. 3083/2000); de 14 de noviembre de 2007 (Rec 616/2007); de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 1203/2011) de 16 de mayo de 2012 (Rec. 168/2011); de 9 de julio de 2013 (Rec. Ud. 1219/2012).

3) La ambigüedad u oscuridad en los términos para la fijación de los objetivos no puede sino interpretarse en contra de quien incluyó la cláusula en el contrato (la empresa). El Tribunal llega a esta conclusión aplicando el art. 1288 del Código Civil, que establece que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”. De esta manera, tanto si la regulación fue establecida unilateralmente por la empresa o establecida en contrato de trabajo (presumiendo la adhesión⁴⁶) será la empresa la que cargue con la responsabilidad de una redacción poco clara, siendo necesario que se interprete que el trabajador tiene derecho al bonus.

4) Por último, los Tribunales argumentan que la norma debe interpretarse en el sentido más adecuado para causar efectos (art. 1284 del Código Civil). Por esta razón, no puede entenderse que ante la falta de objetivos toda la cláusula sea nula, sino que solo será nula la condición, siendo válida la obligación de pagar el bonus pero sin necesidad de cumplir condición alguna. De esta manera, la falta de establecimiento de los objetivos no va a impedir que el trabajador perciba el bonus.

5) Sumado a estos argumentos dados por el Tribunal Supremo, también habría que admitir la misma solución a través de la aplicación del art. 1119 del Código Civil que establece que “*Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento*”. Así pues, el empresario no fijando los objetivos está impidiendo el cumplimiento de la obligación, por lo que la consecuencia ha de ser la misma, y es la obligación de pagar el bonus.

Falta de objetivos: Crítica a la doctrina mayoritaria.— En definitiva, con estos cinco argumentos se justifica que el trabajador cobre el bonus con independencia del cumplimiento de los objetivos, si estos no se han concretado. El problema, a mi juicio, es que aquí el Tribunal Supremo no distingue entre si la obligación y potestad de la concreción de los objetivos recaía sobre la empresa exclusivamente o si era mediante acuerdo. De hecho, el Tribunal es consciente que existe una diferencia sustancial en ambos supuestos pero entiende que al final, en cualquiera de los dos casos, solo el empresario puede concretar los objetivos.

En la STS de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 1203/2011) y en la de 14 de noviembre de 2007 (Rec 616/2007) el Tribunal estudia un supuesto en el que “el cumplimiento no se dejó a la voluntad de una de las partes sino a un posible acuerdo posterior sobre términos y cuantías”. A pesar de esta diferencia con las cláusulas que establecen que la empresa es la que fija unilateralmente los objetivos, el Tribunal Supremo llega al mismo resultado. Esto se hace porque, según el Tribunal, aunque “formalmente” se debieron establecer por acuerdo, “como es obvio solo estaba en condiciones de fijarlos la empresa de cuyo poder de dirección depende tanto la fijación de los objetivos empresariales en general como de los objetivos que ha de exigir a sus trabajadores, puesto que estos aun incluso ostentando la condición de Gerente que tenía el actor, no tenía en su mano en modo alguno la posibilidad de fijar o marcar los objetivos a cumplir”. Así pues, ante esta imposibilidad para el trabajador de fijar sus propios objetivos, el Tribunal entiende que la responsabilidad sigue recayendo sobre la empresa, teniendo ésta que pagar el bonus al no haber fijado los objetivos.

Aquí es, precisamente, donde discrepo de esta doctrina. Entender que debe ser siempre el empresario el que fije los objetivos es una concepción más propia del pasado, de modelos de relaciones laborales jerarquizados donde apenas existía participación de los trabajadores en la empresa, y donde se desaprovechaba todo este capital humano, con las consecuentes pérdidas de productividad. La doctrina económica defiende que hay poderosas razones de productividad y eficiencia para que los objetivos sean fijados entre la empresa y el trabajador de manera con-

⁴⁶ Presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante la oportuna prueba siendo entonces el inaplicable este argumento.

junta y acordada, sin que se permita al empresario hacerlo de manera unilateral, ni dando por hecho que este último es el único capaz de hacerlo⁴⁷.

Sumado a ello, a mi juicio, hay una gran diferencia entre aquellas cláusulas que dicen que la empresa será la encargada de fijar los objetivos: de aquellas que dejan el establecimiento de los objetivos en manos de una negociación posterior. Es decir, si los términos de la cláusula son diferentes, no se debería llegar a un resultado idéntico.

De este modo, a mi entender, existen dos tipos de cláusulas respecto a la fijación de los objetivos: unas de tipo a) en las que se dice que será la empresa las que establezca los objetivos que dan derecho al bonus de manera unilateral; y otras de tipo b) que establecen que el empresario y el trabajador deberán llegar a un acuerdo sobre la fijación de los objetivos en cada periodo. Ante esto, el parecer mayoritario de la Jurisprudencia ha optado por uniformar la interpretación de las cláusulas entendiéndolo que las cláusulas de tipo a) quieren decir lo mismo que las de tipo b). Pero según entiendo existen razones de interpretación gramatical y lógica por la que cláusulas redactadas deliberadamente de forma distinta y que remiten a sujetos diferentes para la fijación de los objetivos deben corresponder también en principio a soluciones diversas⁴⁸.

Cláusula de fijación por acuerdo de los objetivos a futuro.— Entiendo, por tanto, que la doctrina del Tribunal Supremo es completamente aplicable a las cláusulas de tipo a) que dejan en manos del empresario la fijación de los objetivos.

Sin embargo, para las cláusulas tipo b) —aquellas que dejan el establecimiento a futuro de los objetivos en manos de una negociación o pacto⁴⁹ (o en manos de terceros no subordinados⁵⁰)— se debería llegar a un resultado diferente cuando no se establecieron objetivos.

Estas cláusulas —tipo b)— dejan la fijación de los objetivos a una posterior negociación, por lo que para fijar la responsabilidad por falta de fijación habrá que ser consciente de la actuación que tuvieron ambos implicados. De esta manera, la fijación de la responsabilidad por falta de fijación dependerá de la buena fe de las partes en el proceso de negociación. Las posibilidades

⁴⁷ PRINGLE CHARLES, D., y LONGENECKER JUSTIN, G., "The ethics of MBO", *The Academy of Management Review*, Vol 7, nº 2, 1982, p 306; LEVEL DALE, A., ORMSBY JOSEPH, G., WATTS LARRY, R., y TINSLEY DILLARD, B., "Management By Objectives: Implication for managerial communication", *Journal of Managerial Issues*, Vol. 2 Nº 3, 1990, p. p. 333; En este sentido se ha llegado a afirmar que "el verdadero valor de la DPO es la participación de los trabajadores en el proceso de establecimiento de los objetivos y no en los objetivos por sí mismos", McCONKEY, D. D., *How to manage by results*, 3ª ed. Amacom, New York, 1976. p 169 (traducción propia).

⁴⁸ Recuérdese que, de acuerdo con el propio Tribunal Supremo, el primer canon hermenéutico que debe utilizarse para la interpretación es la literalidad por lo que cláusulas redactadas de manera distinta se le deben otorgar efectos distintos Como muestra de jurisprudencia, en este sentido, cabe citar la STS, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2007 (rec. 39/2006), Fundamento de Derecho Tercero, nº 2: <En esta línea hemos destacado con reiteración (SSTS 23/05/06 —(rec. 8/05); 13/07/06 —(rec. 294/05)—; 31/01/07 —(rec. 4713/05)—; y 31/01/07 —(rec. 5481/05)—) que el primer canon hermenéutico en la exégesis de la norma es «el sentido propio de sus palabras» [art. 3.1 del CC] y en la de los contratos el «sentido literal de sus cláusulas» [art. 1281 del CC].

⁴⁹ Así lo entiende la STSJ de Cataluña de 21 de septiembre de 2009 (rec. 351/2008) y también parece entenderlo así el Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de diciembre de 2011 (rec. 1203/2011) y de 14 de noviembre de 2007 (rec. 616/2007), lo que ocurre es que en estas Sentencias además de ser obligaciones potestativas del empresario, además no puso los objetivos, por lo que no queda claro si la decisión del Tribunal hubiera sido la misma en caso de que el empresario sí hubiera puesto los objetivos, aunque por el contenido de ambas Sentencias parece ser que sí.

⁵⁰ Es decir, no podría dejarse en manos de gerentes o directores de departamento que están subordinados al empresario y, por tanto, seguiría existiendo unilateralidad. Lo que sí se podría sería dejarlo en manos de la comisión paritaria, o de una comisión de productividad formada por representantes de la empresa y de los trabajadores aunque estos no fueran representantes legales.

son las siguientes: a) Que no hubiera negociación por responsabilidad de ambos; b) Que no hubiera negociación por responsabilidad del empresario c) Que no hubiera negociación por responsabilidad del trabajador d) Que hubiera negociación pero no acuerdo.

a) Que no hubiera negociación por responsabilidad de ambos:

Este supuesto nos acerca a la doctrina minoritaria antes vista. Es decir, si ambos tienen la responsabilidad de fijar los objetivos –porque en la cláusula contractual se acordó que los objetivos se fijarían por acuerdo–, y el trabajador no solicita que se abra el proceso negociador, no será posible que posteriormente exija a los Tribunales el pago del bonus ni tampoco responsabilidad por daños y perjuicios. En este caso, claramente la responsabilidad es de ambos⁵¹. Por ello, en caso de que ambos actúen de mala fe y no soliciten ninguno de los dos la fijación de los objetivos –cuando la cláusula remitía a una posterior negociación entre las partes– no habrá posibilidades de reclamación de daños y perjuicios, ni habrá derecho al cobro.

b) Que no hubiera negociación por responsabilidad del empresario:

En caso de que tras la petición del trabajador de negociar y fijar los objetivos el empresario no lo haga o ignore la petición del trabajador, sobre él debe recaer la responsabilidad. La siguiente cuestión que se plantea es si esta responsabilidad por no negociar debe derivar en un abono del bonus o bien en una responsabilidad de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual a favor del trabajador. Por una parte, se podría argumentar que el empresario, negándose a negociar, está impidiendo el cumplimiento de la condición de manera unilateral lo que nos conduciría a la aplicación del art. 1115 y 1256 del Código Civil, declarando nula la condición y, por tanto, convirtiendo el bonus en salario base, teniendo el trabajador derecho a su percepción. Por otra parte, se puede argumentar que el empresario incumple la obligación de negociar lo que debe llevar a una indemnización de daños y perjuicios para el trabajador que comprenda el lucro cesante (que corresponderá con el valor del bonus) y la falta de cotización a la Seguridad Social a favor del trabajador que hubiera correspondido en caso de percepción del bonus, así como cualquier otro daño emergente respecto a la reputación profesional del trabajador. En este caso, a mi juicio, la solución sería la primera, es decir, nacería el derecho al cobro del bonus. Sustento esta afirmación en el art. 1119 del Código civil el cual establece que “*Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento*”. Por esta razón, la solución no es la reclamación de daños y perjuicios, sino que en caso de que por culpa del empresario no se puedan fijar los objetivos mediante el acuerdo, la condición se tendrá por cumplida y nacerá el derecho al bonus.

c) Que no hubiera negociación por responsabilidad del trabajador:

En caso de que no hubiera habido negociación por responsabilidad del trabajador, bien por falta de colaboración, bien por falta de buena fe en la colaboración, en mi opinión, se produciría la pérdida del bonus⁵² pero, además, se podría defender que el trabajador fuera sancionado por trasgresión de la buena fe contractual.

La colaboración en la fijación de los objetivos es un compromiso que adquieren ambos, tanto el trabajador como el empresario. Por esta razón, el incumplimiento del compromiso, no ya de no cumplir los objetivos, sino de no colaborar siquiera en ponerlos, puede llevar a sanciones por parte del empresario. Es decir, tal como los expertos en dirección de recursos humanos de-

⁵¹ A esta conclusión llega la STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2008 (rec. 3681/2008). En un caso en el que los objetivos se dejaban a un pacto posterior se establece que “*no puede entenderse en este caso como un incumplimiento únicamente de ella (la empresa), ya que el cobro del bonus se convino como una posibilidad sometida a la subsiguiente actividad negociadora de los contratantes, sin que conste que el recurrente llegara a instarla o promoverla del modo que fuere...*”

⁵² En este sentido la STSJ de Madrid de 12 de Julio de 2005 (rec. 2211/2005).

fienden, lo importante de este sistema de dirección por objetivos, no es solo el cumplimiento de los mismos, sino la participación del trabajador y su involucración en la empresa, mejorando con ello la comunicación entre empresario y trabajadores. Por ello, la falta de colaboración en este sistema, una vez implantado, puede considerarse un ilícito laboral y una trasgresión de la buena fe contractual. Cuestión distinta es que el trabajador se niegue a aceptar de manera expresa este sistema dirección por objetivos algo que puede hacer debido a su carácter bilateral como ya se ha expuesto. Sin embargo, una vez aceptado, aun tácitamente, éste se ve obligado contractualmente a colaborar. Precisamente es la posibilidad de rechazar el sistema, por parte del trabajador, la que hace que al no haberlo hecho se le pueda posteriormente sancionar laboralmente por su falta de colaboración en él.

d) Que hubiera negociación pero no acuerdo.

Por último, se está ante el supuesto de que la negociación se haya producido, pero que no haya acuerdo. En este caso, habrá que estar primero a la necesidad de buena fe negociada tal y como nuestros Tribunales la definen. Así pues, si falta buena fe negociada en alguna de las dos partes o en ambas, resultará aplicable lo dicho anteriormente para la falta de negociación de alguna de las partes, puesto que, en definitiva negociar de mala fe o no negociar es lo mismo.

Ahora bien, en caso de que la negociación haya sido de buena fe pero no haya habido acuerdo, los Tribunales poco podrán hacer. El art. 117 de la Constitución Española impide a los Tribunales españoles crear Derecho, por esta razón, si las partes se remiten a un acuerdo posterior, y éste no se produce, a pesar de haberlo negociado de buena fe, no habrá objetivos que cumplir por responsabilidad de ambos, no habiendo pues derecho al bonus ni responsabilidades contractuales. Además, esta solución encaja perfectamente con lo establecido para la dirección por objetivos. Como ya se ha defendido, este sistema de gestión empresarial exige alto grado de confianza y buena comunicación entre la empresa y el trabajador, así pues, si no hay acuerdo probablemente el ambiente laboral no esté suficientemente maduro para implantar este sistema⁵³. De esta manera, la solución jurídica y económica lleva a la misma conclusión, y es que ante la falta de acuerdo no existirán objetivos ni tampoco bonus para el trabajador.

Es importante señalar que con esta solución ambas partes, ante la falta de acuerdo, pierden algo. El empresario perderá la posibilidad de dirigir su empresa mediante un sistema de retribución por objetivos, y el trabajador perderá la posibilidad del bonus. De esta manera, con esta solución se incentivará la negociación para ambos.

También, por esta misma razón, es necesario impedir que ante la falta de acuerdo el empresario pueda fijar los objetivos unilateralmente. A mi juicio, si ante la falta de acuerdo el empresario puede fijar los objetivos unilateralmente este carecerá de incentivos para negociar de buena fe. De hecho, en mi opinión, se debe inferir que si el empresario, tras finalizar la negociación, y no llegar a un acuerdo, fija unilateralmente los objetivos, éste no habrá negociado de buena fe, sino con intención de fijarlos igualmente de manera unilateral con independencia de la negociación. Al estar en las cláusulas de tipo b), el empresario no tiene la potestad de fijar unilateralmente los objetivos, por lo que si lo hace estará actuando de mala fe y en contra de lo pactado, pudiéndole exigir responsabilidades como si éste no hubiera negociado.

Fijación unilateral de los objetivos: objetivos imposibles, ilícitos o inmorales.— Los expertos en relaciones industriales aconsejan en los países anglosajones acabar con la discrecionalidad en la fijación de los objetivos, pasando a negociar, participar e involucrar a los trabajadores en la negociación de los objetivos, recomendaciones que son igualmente válidas aquí en España. Sin embargo, la legislación no parece impedir que el empresario pueda reservarse para sí mismo la potestad para fijar nuevos objetivos una vez superado el espacio tem-

⁵³ HOLLMANN ROBERT, W., "Supportive organizational climate and managerial assessment of MBO effectiveness", op cit., pp. 560-576.

poral por el que estaban delimitados los objetivos anteriores. De esta forma, se debe defender lícita la posibilidad de que expresamente el empresario se reserve la potestad de fijar los objetivos que darán derecho al bonus salarial.

La STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2011 (Rec. 555/2011) ha justificado esta posibilidad de unilateralidad en la fijación futura de los objetivos recurriendo al poder de dirección del empresario (art. 20 ET), el cual implica que *“para el devengo del variable corresponde indudablemente a la iniciativa de la empresa, de cuyo poder de dirección depende tanto la fijación de los objetivos empresariales en general como de los objetivos que ha de exigir a sus trabajadores, lo que justifica, no obstante la naturaleza bilateral del negocio, que sea al empresario al que se le atribuya la capacidad de su concreción y determinación”*.

Sin embargo, esta reserva de fijación futura de los objetivos no puede ser ilimitada derivada del art. 1116 del CC. Este artículo establece que *“Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa”*.

Así parece entenderlo el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de marzo de 2014 (Rec. 140/2013), donde el Tribunal acepta la fijación de los objetivos por parte de la empresa al comprobar que éstos (los objetivos) no son inalcanzables, ni irrazonables, ni inidóneos, ni arbitrarios, ni desproporcionados, ni vulneran la dignidad o los derechos fundamentales de los trabajadores, y además dependen directamente del esfuerzo del trabajador.

De esta forma, la fijación de los objetivos está sujeta a unos límites derivados de la imperatividad de la prohibición de fijar condiciones imposibles. En primer lugar, ha de entenderse como condición imposible aquellos eventos que de ninguna manera puedan tener lugar dado que, en tal caso, no existiría el elemento de incertidumbre que caracteriza a las obligaciones condicionales⁵⁴.

La imposibilidad debe ser originaria, es decir que el objetivo debe ser imposible en el momento en el que se fije el objetivo. Si las circunstancias del mercado, de la empresa, o del trabajador hacen imposible la obtención del objetivo con posterioridad –de forma sobrevenida- se estará ante un incumplimiento de la condición no ante la aplicación del art. 1116 del CC.

La imposibilidad de cumplimiento del objetivo ha de ser absoluta por lo que no se excluye la “gran dificultad”. No obstante, no es necesario que la imposibilidad sea objetiva (es decir que sea imposible para cualquier trabajador), sino que basta con que sea imposible para el trabajador concreto⁵⁵. Por ello, los Tribunales deben realizar un juicio subjetivo de “posibilidad”.

Sin embargo, sigue siendo difícil concretar cuándo un objetivo es posible y cuándo es imposible. Para analizar la cuestión a lo primero que se debe atender es que existen tres tipos de imposibilidades⁵⁶: i) la imposibilidad semántica; ii) la imposibilidad epistemológica; y la iii) la imposibilidad demostrable. La imposibilidad semántica hace es aquella que nace derivada de la existencia de un objetivo impreciso. La imprecisión o ambigüedad en el objetivo establecido por el empresario hará que éste no pueda ser cumplido por el trabajador. Es decir, es imposible cumplir aquello que se desconoce o que no se determina correctamente. En segundo lugar, la imposibilidad epistemológica hace referencia a la inexistencia de los criterios de valoración del cumplimiento de los objetivos. Si un objetivo no puede ser evaluado –o aún pudiendo ser evaluado no lo es– será imposible determinar su cumplimiento. Esto es, si no hay evaluación o el

⁵⁴ AAVV., *Código Civil Comentado, Libro IV Obligaciones y contratos*, op cit. p 206.

⁵⁵ STS –Sala Civil- 14 de marzo de 1986. AAVV., *Código Civil Comentado, Libro IV Obligaciones y contratos*, op cit., p 206. Sin embargo, también hay doctrina que sostiene que las circunstancias impeditivas puramente personales no bastan para entender la condición “imposible”, ver BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R., *Comentarios al Código Civil*, op cit., p 1309.

⁵⁶ LAUDAN, L., *Science and values*, University of California Press, Berkeley, 1984, p 52-53.

objetivo es imposible de evaluar de acuerdo con la técnica existente en ese momento en la empresa, no será posible verificar el cumplimiento de la condición⁵⁷. En tercer lugar, la imposibilidad demostrable es aquella que hace referencia los objetivos que son idealistas, impracticables o exagerados. Esta tercera acepción de “imposibilidad de cumplimiento de los objetivos” es la más tradicional en el lenguaje común. Y hace referencia precisamente a una imposibilidad física o material de cumplir la condición.

Esta imposibilidad física o material, a su vez, será difícil de determinar por parte del Tribunal. A mi juicio, existen tres elementos que pueden ser útiles para “averiguar” si la condición —en el momento de su establecimiento— era de imposible cumplimiento. Los tres elementos son: cercanía, variabilidad y coste⁵⁸.

El primer elemento a evaluar es como de cerca se está de cumplir el objetivo. Este es el elemento más obvio de enjuiciar, por lo que objetivos de ventas que duplican o triplican la venta habitual pueden considerarse imposibles por excesivos. El segundo elemento es la variabilidad entendido como la importancia que tienen los elementos externos al trabajador para cumplir los objetivos. De esta forma, cuantos más elementos influyan en el cumplimiento de la condición, además del esfuerzo del trabajador, más posibilidades hay para entender que el objetivo era de imposible cumplimiento para el trabajador concreto.

El último elemento para valorar la posibilidad o imposibilidad de un incumplimiento son los costes de cumplimiento. Es posible que existan objetivos posibles de cumplir —en el sentido de que son realistas y no utópicos—, pero su cumplimiento requiere un alto coste. Por ello, es necesario poner en situación el objetivo marcado por la empresa con la jornada del trabajador. Es decir, no es suficiente con que el objetivo se pueda realizar sino que es necesario que el objetivo sea posible —aunque sea difícil— cumplirlo dentro de la jornada laboral. En este aspecto también es importante valorar el tiempo concedido —o establecido— para el cumplimiento, dado que objetivos que son posibles de cumplir en un amplio margen de tiempo (años), pasan a ser imposibles de cumplir si el plazo es restringido (semanas). En definitiva, es importante compara la condición establecida con las capacidades del trabajador y su jornada máxima convencional o legal y el tiempo concedido para el cumplimiento, para saber si el objetivo era posible.

Sumado a ello, el art. 1116 CC también prohíbe las condiciones ilícitas. Las condiciones ilícitas son aquellas contrarias a las buenas costumbres y a las prohibidas por la ley. De esta forma, ha de tenerse por ilícita toda condición que venga a estimular la realización de actos contrarios a normas imperativas, al orden público o que lesionen derechos fundamentales⁵⁹.

Efectos del establecimiento de un objetivo imposible, ilícito o contrario a las buenas costumbres.— Tal y como ocurre en el caso de la infracción del art. 1115 y del 1256 del CC, la doctrina civilista mantiene que la fijación de un objetivo imposible o ilícito determina la nulidad de toda la obligación y no solo de la condición de imposible cumplimiento⁶⁰. Sin embargo, considero que la misma doctrina —y argumentos— que establece el Tribunal Supremo para la infracción del art. 1115 y 1256 CC es aplicable en caso de infracción del 1116 CC⁶¹. De esta forma, la fijación por parte del empresario de unos objetivos imposibles determinaría la nulidad solo de la condición —no de toda la obligación— dado que lo contrario implicaría favorecer a aquél

⁵⁷ Esto enlaza con la prohibición de la arbitrariedad del art. 1256 y 1115 del CC, dado que si el objetivo es imposible de evaluar la concesión del bonus quedará en la voluntad del empresario.

⁵⁸ EDVARDSSO, K., HANSSON, S., “When is a goal rational?”, *Social Choice and Welfare*, v. 24, n° 2, 2005, pp. 343-361.

⁵⁹ AAVV., *Código Civil Comentado, Libro IV Obligaciones y contratos*, op cit., p 206.

⁶⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, op cit., p 1310; SIERRA GIL DE LA CUESTA I., *Comentarios del Código Civil*, op cit., p 244; AAVV., *Código Civil Comentado, Libro IV Obligaciones y contratos*, op cit., p. 207.

⁶¹ SSTS de 14 de noviembre de 2007 (Rec 616/2007) y de 15 de diciembre de 2011 (Rec. 1203/2011).

sujeto que provocó la nulidad. A la misma solución se llegaría con la aplicación del art. 1119 CC dado que establecer unos objetivos imposibles de cumplir llevarían a entender que el empresario está impidiendo el cumplimiento de la condición que da derecho al bonus. En ambos casos, caída la condición el bonus se convertiría en salario base por falta de concausa.

Sin embargo, es importante señalar que el establecimiento de objetivos imposibles –o el no establecimiento de objetivos una vez– no impide fijar nuevos objetivos.

4. INCUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS POR CAUSA IMPUTABLE AL EMPRESARIO

Extinción del contrato de trabajo que impide el cumplimiento de los objetivos.– Un supuesto particular que impide al trabajador alcanzar el objetivo marcado por la empresa es la extinción del contrato de trabajo. Finalizada la relación laboral antes del cumplimiento de los objetivos se plantea la duda de si esta situación dará derecho a la percepción del salario variable y, en caso afirmativo, si lo hará en su totalidad o de manera proporcional. Para resolver la cuestión, como en todas las anteriores, habrá que estar a lo pactado por las partes o a la configuración unilateral que la empresa le haya dado con los límites establecidos por la normativa imperativa.

No es infrecuente que la empresa haya pactado con el trabajador la necesidad de permanecer en la empresa hasta cierta fecha para obtener derecho al devengo. Esto es debido a que el motivo para instaurar el sistema de retribución por objetivos en muchos casos es motivar al trabajador, pero también retener a los trabajadores más productivos⁶². Desde un punto de vista jurídico, habrá que entender este sistema salarial como un pacto doblemente condicionado, por el que solo se devengaría el bonus, tras el cumplimiento de los objetivos y la permanencia del trabajador hasta la fecha establecida, algo irreprochable jurídicamente⁶³. A pesar de ello, esto puede chocar con alguna norma imperativa en caso de despido por voluntad del empresario.

En fin, para analizar este supuesto es necesario ante todo distinguir si existe o no obligación de permanencia en la empresa para devengar el bonus, y luego distinguir entre las diferentes formas de extinción contractual. Por una parte, las extinciones por voluntad o causa del trabajador, es decir, dimisión o despido disciplinario procedente; y, por otra, las que son por voluntad o causa de la empresa incluyendo aquí, el despido disciplinario improcedente, el despido objetivo sea cual sea su calificación, y la dimisión con justa causa del art. 50 ET. Dando en definitiva como resultado cuatro supuestos:

1) Sin pacto de permanencia y extinción por voluntad del trabajador

En este caso, por una parte, no existe obligación contractual que exija al trabajador permanecer en la empresa hasta el devengo de los objetivos, pero por otra es el trabajador el que abandona la empresa voluntariamente sin cumplirlos. A este respecto el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de mayo de 2009 (Rec. 1702/2008), ha entendido que cabe el abono proporcional del bonus conforme a la proporción de objetivos logrados. Según esta Sentencia, el salario variable implica que el complemento es de cuantía variable, lo que evidencia que su devengo no requiere el cumplimiento íntegro de los objetivos, sino que es posible su cobro en proporción (variable) a los objetivos conseguidos (puesto que en otro caso, se hablaría de bono –fijo– por consecución de objetivos). Así pues, el Tribunal, dispone que una interpretación lógica y literal de estos bonus variables hace que siempre se puedan cobrar de manera proporcional a los objetivos conseguidos aunque estos no superen el objetivo marcado para su cobro.

⁶² BROWN, C., "Performance Pay Choices: Evidence from Certified Agreements", *The Journal of Industrial Relations*, nº 39, vol. 3, 1997, pp 353-354; MILKOVICH GORGE T., y NEWMAN JERRY M., *Compensation*, McGraw-Hill Irwin, NY, 2005, p 272.

⁶³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El bonus y el margen de discrecionalidad empresarial", op cit., p. 1277.

De esta manera, en caso de que el trabajador abandone la empresa con anterioridad al cumplimiento del objetivo marcado podrá cobrar proporcionalmente a los objetivos conseguidos hasta el momento.

En mi opinión, el Tribunal parece excederse al derivar de la palabra “variable” la proporcionalidad del bonus. La dirección por objetivos fija unas metas para que estas se alcancen y se recompensa al trabajador por el esfuerzo realizado al obtenerlas. La recompensa (el bonus) es motivadora precisamente porque solamente se obtiene superando el umbral que se marcó. Así pues, si se permite siempre el abono proporcional del bonus, tal y como se desprende de esta Sentencia, se está desvirtuando la función motivadora de la recompensa. Por esta razón, a mi juicio, solo se debería aceptar el abono proporcional de los objetivos si así se acordó de manera expresa⁶⁴, pero esto no se puede inferir del término variable puesto que es contrario a la naturaleza propia del bonus.

Póngase, por ejemplo, la diferencia entre las comisiones por ventas y el bonus por ventas. La naturaleza de la comisión por ventas, lleva a entender que el trabajador recibirá una compensación por cada venta, pero el bonus por venta es aquella retribución que se recibe por alcanzar un número mínimo de ventas en un determinado tiempo. Así pues, aceptando la proporcionalidad del bonus conforme a los objetivos cumplidos, estaríamos asimilando el bonus por ventas a las comisiones, cuando claramente tiene funciones económicas diferentes.

En definitiva, si un trabajador es despedido mediante despido disciplinario procedente o extingue el contrato mediante dimisión sin justa causa, el trabajador no tendrá derecho a la percepción del bonus puesto que en definitiva es el trabajador con su decisión el que impide el cumplimiento de los objetivos, y sin ello no puede haber devengo, ni siquiera proporcional⁶⁵. Todo ello, salvo que en el momento del abandono de la empresa ya hubiera cumplido los objetivos dado que en este caso el devengo del bonus ya se hubiera producido y el trabajador tendría derecho a él.

2) Sin pacto de permanencia y extinción por voluntad de la empresa.

En este supuesto nos encontramos en el caso contrario, es decir, aquí es la voluntad de la empresa la que impide el cumplimiento de los objetivos mediante la extinción del contrato del trabajador⁶⁶. Por esta razón se ha considerado aplicable el art. 1119 del Código civil por el que “*Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento*”.

De esta forma, si la empresa con la extinción impide voluntariamente el cumplimiento de los objetivos debería devengarse el bonus. Contra esta postura se ha alzado parte de la doctrina argumentando que a pesar de que la extinción impide el cumplimiento de los objetivos es posible que igualmente los objetivos no se hubieran cumplido y, por tanto, no hay derecho al bonus.

Ante esta postura, entiendo que hay que hacer una relectura del art. 1119 del código civil. El cual *no* dice que se entenderá cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento *que de otra manera seguro se hubiera cumplido*. Es decir, para el art. 1119 del Código Civil, es irrelevante si la obligación se hubiera cumplido al final o no, lo impor-

⁶⁴ De hecho la negociación colectiva, cuando desea que el abono sea proporcional a los objetivos conseguidos, así se pacta de manera expresa, al respecto se puede ver el art. 33 del Convenio colectivo Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 12 de julio de 2010).

⁶⁵ En este sentido, STSJ Madrid de 28 de mayo de 2002 (rec 137/2002) y en la doctrina DOMINGO ARAGÓN, J., “Aspectos jurídicos-laborales del bonus”, op cit, p. 2034; MERCADER UGUINA JR, *Salarios y crisis económica*, op cit., p. 69.

⁶⁶ También se consideran dentro de este supuesto de “por voluntad del empresario” otros supuestos como la movilidad funcional inferior, al respecto ver STSJ Madrid de 13 de abril de 1999 (Rec. 149/1999).

tante es la actitud del deudor (empresa). Y, en este supuesto, con un despido disciplinario improcedente o una dimisión por justa causa del trabajador o un despido objetivo el empresario está impidiendo el cumplimiento de los objetivos, al separar por su voluntad al trabajador de la organización⁶⁷.

Aceptado el hecho de que la extinción por causas de la empresa implica que la condición debe ser entendida como cumplida, el Tribunal Supremo decide que su abono debe ser proporcional a los objetivos cumplidos en el momento de la extinción⁶⁸. Así pues, la jurisprudencia entiende que, aunque sea el empresario el que decida la extinción, el trabajador solo tendrá derecho a la parte proporcional de los objetivos cumplidos o el tiempo de prestación de los servicios. Este Tribunal llega a esta conclusión dado que entiende que aceptar el devengo total del bonus implicaría un enriquecimiento injusto del trabajador, y por tanto, establece su proporcionalidad⁶⁹.

Con ello el Tribunal Supremo dictamina la misma solución para el caso en que la extinción contractual sea por voluntad de la empresa o por voluntad del trabajador. A mi juicio, creo que no se debería llegar a la misma solución en ambos casos puesto que, quien decide poner fin a la relación contractual es un elemento jurídicamente clave para resolver sobre quién debe recaer la responsabilidad del incumplimiento de los objetivos. Además, creo que el argumento de la prohibición de enriquecimiento injusto no es aplicable en este caso. Esto es debido a que, como el propio Tribunal Supremo ha dicho en muchas ocasiones, solo se produce enriquecimiento injusto si no existe título para tal percepción⁷⁰. En el presente supuesto entiendo que la existencia de un salario variable –que se percibe con el cumplimiento de unos objetivos que no se alcanzaron por las acciones de la empresa (extinción contractual)–, es título suficiente para tener derecho al cobro. Cuando es una norma jurídica –art. 1119 del Código civil– la que dictamina el derecho al cobro del bonus por entendida cumplida la condición, no debería concluirse que ha existido enriquecimiento injusto.

En fin, a mi entender, el artículo 1119 del Código Civil no fija que la condición será entendida cumplida proporcionalmente hasta el momento en que interviene la voluntad del deudor, sino que obliga a que se considere cumplida sin más. Por esta razón, una solución más adecuada sería que, en caso de extinción por voluntad del empresario, el trabajador tenga derecho al cobro íntegro del bonus.

3) Con pacto de permanencia y extinción por voluntad del trabajador;

Este parece el supuesto más sencillo de resolver. En este caso entre las condiciones para obtener el bonus se exige la permanencia en la empresa del trabajador a determinada fecha, el cual incumple por su propia voluntad. Así pues, no puede nacer el derecho al cobro del bonus por incumplimiento por parte del trabajador de una de las condiciones establecidas (permanencia), además de no haber cumplido los propios objetivos al haber abandonado la empresa⁷¹.

⁶⁷ Obsérvese que tampoco diferencia el art. 1119 del Código Civil entre la forma de impedir el cumplimiento es lícita o ilícita, por esta razón, es irrelevante si el despido objetivo es procedente o improcedente, en ambos casos habrá habido impedimento del cumplimiento de los objetivos por voluntad de la empresa.

⁶⁸ STS de 9 de diciembre de 2010 (rec. 600/2010); en el mismo sentido, SSTSJ Madrid de 13 de abril de 1999 (rec. 1149/1999); 4 de junio de 2010 (rec. 5649/2009); 24 de septiembre de 2010 (rec. 2433/2010) y de Murcia de 8 de octubre de 2007 (rec. 984/2007). LLOMPART BENASSAR., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, op cit., p. 461 y las sentencias allí citadas.

⁶⁹ STS de 9 de diciembre de 2010 (rec. 600/2010) “El devengar un concepto salarial –la prima pactada lo es– en función del tiempo de prestación de servicios es regla general que impide el enriquecimiento injusto que supondría el percibo del importe total cualquiera que fuese el tiempo de prestación).

⁷⁰ STS de 5 de abril de 2010 (rec. 119/2009).

⁷¹ SSTS de 15 de febrero de 2006 (rec. ud. 4568/2004); STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2003 (rec. 4710/2002); 24 de enero de 2013 (rec. 6504/2011); Madrid de 3 de abril de 2009 (rec. 5508/2008); de 18 de

De hecho en este supuesto, aunque el trabajador hubiera cumplido ya los objetivos en el momento del abandono de la empresa, en mi opinión, no nacería el derecho al bonus, puesto que se seguiría incumpliendo la obligación de permanencia (si se han pactado ambas como necesarias).

4) Con pacto de permanencia y extinción por voluntad de la empresa.

En este supuesto también existe pacto de permanencia y, por tanto, el cobro del bonus está condicionado a la permanencia en la empresa del trabajador, pero aquí quien impide que el trabajador cumpla la doble condición (permanecer en la empresa y cumplir los objetivos) es la propia empresa con su decisión. En este supuesto es donde ha habido mayor divergencia en la doctrina y en los Tribunales.

Por una parte, se defiende que es perfectamente válido y ajustado a derecho que se exija la vigencia de la relación laboral a una determinada fecha incluso aunque esta sea posterior al devengo⁷². Así pues, este sector de la doctrina entiende que forma parte de la autonomía de la voluntad o de la potestad unilateral del empresario establecer una cláusula como ésta y, por tanto, aunque el cese provenga de un despido improcedente habrá que estar al pacto al que llegaron las partes y, denegar al trabajador el bonus por no estar trabajando en la empresa en la fecha acordada.

Por el contrario, otra parte de la doctrina entiende que el pacto contravendría normas imperativas deviniendo nulo. En concreto el art. 1115 y el 1256 del código civil, puesto que entender que el despido por voluntad del empresario excluye la percepción del bonus sería dejar en manos de una de las partes el cumplimiento de la condición que da el derecho al bonus. Además de anular el pacto de permanencia para el supuesto de extinción contractual por voluntad del empresario, también sería aplicable el art. 1119 del Código Civil en los términos vistos. En definitiva, el pacto de permanencia no tendría efectos para el caso de extinción por voluntad del empresario siendo solo aplicable para el caso de dimisión del trabajador (o despido disciplinario procedente).

Entre estas dos posiciones la mayoría de la doctrina judicial se decanta por la segunda⁷³, entendiéndose que en caso de que el despido sea voluntad de la empresa el condicionamiento a la permanencia se entenderá por no puesto y se procederá al pago proporcional a los objetivos obtenidos hasta el momento del despido⁷⁴.

febrero de 2013 (rec. 2191/2012) y LLOMPART BENASSAR., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, op cit., p. 463. Es interesante señalar a este respecto que los Tribunales entienden, acertadamente a mi parecer, que una excedencia voluntaria del trabajador se considera incumplimiento de esta condición de permanencia al respecto ver, STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2007 (rec. 624/2007). También una excedencia forzosa STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de 26 de junio de 2008 (rec. 388/2006).

⁷² RODRIGUEZ DE RAVENA, P., "La retribución variable, incentivos o bonus: un debate sin resolver por la jurisprudencia", RL, nº 21, 2001, p 499; DOMINGO ARAGÓN, J., "Aspectos jurídicos-laborales del bonus", op cit, pp. 2031 y ss; STSJ de Asturias de 28 de septiembre de 2001 (rec. 2726/1999); Madrid 19 de diciembre del 2000 (rec. 2715/2000); 8 de octubre de 2002 (rec. 3048/2002); 29 de octubre de 2002 (rec. 2908/2002).

⁷³ SSTS de Madrid de 15 de febrero de 2006 (rec. 4568/2004); de 23 de noviembre de 2006 (rec. 2529/2005); de 5 de mayo de 2009 (rec. 1702/2008); de 5 de abril de 2010; y también SSTSJ de la Rioja de 17 de julio de 2004 (rec. 1265/2004); de 21 de septiembre de 2004 (rec. 968/2004); Cataluña de 24 de enero de 2013 (rec. 6504/2011); Galicia 7 de mayo de 2002 (rec. 1776/2002), Cantabria 2 de marzo de 2004 (rec. 899/2003), Castilla y León 13 de julio de 2004 (rec. 287/2004), País Vasco de 21 de septiembre de 2004 (968/2004), Comunidad Valenciana 20 de septiembre de 2005 (rec. 281/2005). En la doctrina LLOMPART BENASSAR., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, op cit., p. 463; AAVV., *Retribución variable*, op cit., p 47.

⁷⁴ Teniendo el trabajador que acreditar que se obtuvieron los objetivos hasta la fecha de despido, STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2011 (Rec. 555/2011).

A mi juicio, esta doctrina merece la misma crítica que la sentada en el supuesto segundo. Es decir, comparto la opinión del Tribunal Supremo de que el pacto de permanencia solo puede afectar a los casos en los que es voluntad del trabajador abandonar la empresa. Así pues, siendo ineficaz el pacto, entiendo que el trabajador tiene derecho al cobro íntegro del bonus conforme al art. 1119 del Código Civil, puesto que fue la empresa con su despido la que impidió que el trabajador cumpliera los objetivos.

Por último, es importante señalar también que en caso de que el pacto de permanencia exija que el trabajador se encuentre en la empresa para su cobro una vez ya devengado, el Tribunal Supremo⁷⁵ se ha mostrado radicalmente en contra. Este Tribunal ha entendido que el salario devengado en ningún caso puede dejar de satisfacerse ni siquiera en un supuesto de nulidad contractual (art. 9.2 ET). Así pues, este Tribunal parece querer decir que ni siquiera en caso de extinción voluntaria del trabajador se podrá impedir cobrar un salario ya devengado (pero diferido su abono) en base a una obligación de permanencia⁷⁶. Debo estar de acuerdo con el Tribunal en esta apreciación, pero cabe recordar que el momento de devengo lo establecen las partes mediante pacto o unilateralmente la empresa si es por concesión voluntaria. Por ello, para evitar esta imposibilidad impuesta por la Jurisprudencia, la empresa solo debería matizar que el devengo se produce con el cumplimiento de la permanencia en el momento señalado para el pago, y no con el simple cumplimiento de los objetivos. De esta manera no nacería la obligación (devengo) hasta el momento del pago.

5. EL BONUS Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO.

Inclusión del bonus en el salario regulador.— El bonus, tal y como se ha definido, es un complemento salarial que remunera o bien el rendimiento o bien la situación o resultados de la empresa. En cualquiera de los dos supuestos el bonus se considera salario y, por tanto, debe computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido como el resto del salario.

Ahora bien, algunas Sentencias han considerado que debido al carácter excepcional del bonus —y en aquellos casos en los que solo se haya abonado por una única vez—, no debe computar a efectos de la indemnización por despido⁷⁷. El objetivo que persigue esta doctrina judicial es evitar innecesarias distorsiones en el cálculo de la indemnización por despido dado que; si solo se abonó el bonus una sola vez, y casualmente esta cae en el año anterior al despido, el salario regulador puede ser mucho mayor que si el despido se hubiera realizado cualquier otro año. Es decir, añadir un bonus, que solo se ha abonado por una única vez al salario regulador haría el salario regulador no representativo de lo que el trabajador venía cobrando en la empresa regularmente.

De acuerdo con el Tribunal Supremo, el salario regulador debe ser calculado como regla general conforme a lo percibido en el momento del despido (última nómina), y no conforme a los últimos doce meses⁷⁸. Ahora bien, esta regla general, no se aplica cuando se está ante un ingreso salarial irregular, ni ante un complemento de devengo periódico superior al mes, ni ante un supuesto fraude⁷⁹. De esta manera, en el concreto caso de un complemento de devengo superior al mes, como es un bonus, el Tribunal Supremo admite la posibilidad de incluirlo incluso

⁷⁵ STS de 15 de febrero de 2006 (rec. 4568/2004).

⁷⁶ En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 8 de Junio de 2009 (rec. 6943/2008), este Tribunal para llegar a la misma conclusión se apoya en la obligación de pago puntual del salario devengado (art. 29.1 ET). La cual al ser imperativa impide el pacto en contra entre las partes incluso.

⁷⁷ STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2000 y STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2001, en el mismo sentido RODRIGUEZ DE RAVENA, P., "La retribución variable, incentivos o bonus: un debate sin resolver por la jurisprudencia", op cit., p. 499 y DOMINGO ARAGÓN, J., "Aspectos jurídicos-laborales del bonus", op cit., p 2037.

⁷⁸ SSTs de 17 de julio de 1990; de 13 de mayo de 1991 (rec. 977/1990); de 30 mayo de 2003 (Rec 2754/2002), 27 de septiembre de 2004 (Rec. 4911/2003) y 11 de mayo de 2005 (Rec 5737/2003).

⁷⁹ En especial STS 27 septiembre 2004 (rec. ud. 4911/2003)

aunque este no se devengara en los últimos doce meses antes del despido. En concreto, la STS de 24 de octubre de 2006 (rec. 1524/2005) el bonus fue devengando con más de un año de anterioridad a la fecha del despido, pero el Tribunal considera que debe computar como salario regulador dado que fue cobrado en los últimos doce meses antes del despido con independencia del devengo.

Así pues, el bonus computará en el salario regulador si éste fue percibido (aunque fuera por una sola vez) en los últimos doce meses antes del despido, y deberá ser prorrateado conforme al periodo de devengo del mismo.

La renuncia vía pacto de la inclusión del bonus en el cálculo de la indemnización.—

También se ha defendido la no inclusión del bonus en el salario regulador porque así se había pactado entre las partes. Como se viene afirmando, el bonus concedido voluntariamente por la empresa puede ser regulado por ésta conforme desee, por lo que en algunos supuestos se ha establecido en su regulación que no computaría a efectos de una hipotética indemnización por despido. De la misma manera, ha habido supuestos, donde mediante pacto escrito, el trabajador ha aceptado expresamente que el bonus no compute a efectos del salario regulador. Pues bien, con fundamento en la autonomía de la voluntad, parte de la doctrina judicial ha entendido el pacto válido excluyendo por ello del cómputo del salario regulador el bonus que el trabajador venía percibiendo anualmente⁸⁰.

Por su parte, alguna doctrina ha defendido estos pronunciamientos entendiendo que debe prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes dado el carácter voluntario y discrecional del bonus⁸¹. En concreto, se dice que pactar la exclusión del bonus del salario regulador no es renunciar a ningún derecho y, por tanto, no es aplicable el art. 3.5 ET dado que el bonus "carece de protección de mínimo de derecho necesario y por tanto de derecho irrenunciable"⁸².

A mi juicio, esta interpretación vuelve a caer en la confusión de entender que la voluntariedad del bonus en su otorgamiento implica que deja de estar sujeto a las normativas legales vigentes. Si bien es cierto que en la mayoría de ocasiones el bonus se concede voluntariamente por el empresario sin que esté obligado a hacerlo, esto no supone que las posibilidades de su regulación sean ilimitadas. El art. 3.1. c) impide que mediante la voluntad de las partes puedan establecerse condiciones menos favorables para el trabajador que las establecidas en una normativa legal. De esta manera, dado que el art. 56 del ET nos dice que la indemnización estará compuesta por "treinta y tres días de salario", las partes mediante su voluntad no podrán excluir del salario regulador de la indemnización ningún concepto que sea considerado salario⁸³. En consecuencia, un pacto o una regulación del bonus que establezca su no inclusión en la indemnización debe ser considerado nulo por contravenir leyes imperativas (art. 6.3 Código Civil).

⁷⁵ STS de 15 de febrero de 2006 (rec. 4568/2004).

⁷⁶ En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 8 de Junio de 2009 (rec. 6943/2008), este Tribunal para llegar a la misma conclusión se apoya en la obligación de pago puntual del salario devengado (art. 29.1 ET). La cual al ser imperativa impide el pacto en contra entre las partes incluso.

⁷⁷ STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2000 y STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2001, en el mismo sentido RODRIGUEZ DE RAVENA, P., "La retribución variable, incentivos o bonus: un debate sin resolver por la jurisprudencia", op cit., p. 499 y DOMINGO ARAGÓN, J., "Aspectos jurídicos-laborales del bonus", op cit., p. 2037.

⁷⁸ SSTs de 17 de julio de 1990; de 13 de mayo de 1991 (rec. 977/1990); de 30 mayo de 2003 (Rec 2754/2002), 27 de septiembre de 2004 (Rec. 4911/2003) y 11 de mayo de 2005 (Rec 5737/2003).

⁷⁹ En especial STS 27 septiembre 2004 (rec. ud. 4911/2003).

⁸⁰ STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2000; de Cataluña de 11 de marzo de 2003 (rec. 7297/2002).

⁸¹ DOMINGO ARAGÓN, J., "Aspectos jurídicos-laborales del bonus", op cit, p 2037.

⁸² RODRIGUEZ DE RAVENA, P., "La retribución variable, incentivos o bonus: un debate sin resolver por la jurisprudencia", op cit., p. 499.

⁸³ Como se ha visto anteriormente el bonus es salario y lo es dada la definición del art. 26 ET que tiene carácter imperativo. Y dado el carácter imperativo de este artículo la manifestación de las partes sobre la naturaleza de una partida no puede ser tenida en cuenta en su calificación.

En definitiva, no se está ante la aplicación de la doctrina de la irrenunciabilidad de derechos, sino que dado el carácter de norma de derecho mínimo necesario de la regulación sobre la indemnización, lo que pacten las partes no podrá ir en perjuicio del trabajador, siendo por tanto nulo cualquier pacto o regulación del empresario que excluya el bonus del salario regulador.

La cuantía del bonus para la indemnización por despido.— Una vez resuelto que el bonus debe computar para la indemnización por despido, la controversia surge por su variabilidad. El bonus no siempre tiene el mismo importe y no siempre está devengado en el momento del despido y, por esta razón, pueden surgir muchas controversias respecto a qué cuantía aplicar para el salario regulador. En principio, caben dos posibilidades: i) la primera es que compute el importe del último bonus percibido⁸⁴; ii) la segunda es que para el salario regulador compute la cuantía del bonus todavía no devengado del año del despido⁸⁵.

Ante esta elección, el Tribunal Supremo ha dispuesto que para poder computar el bonus, o salario variable, a los efectos de la indemnización es requisito necesario que se haya devengado. Es decir, se exige que haya surgido ya como obligación líquida en el momento del despido, momento a partir del que -aunque no se trate de obligación vencida-, puede considerarse como un "salario" o "complemento salarial" propiamente dicho. De la misma manera, el Tribunal dictamina que en los casos de bonus que todavía no se han devengado se deberá utilizar para el cálculo de la indemnización de despido el incentivo anual devengado el año anterior⁸⁶.

A mi entender, este criterio debe ser el aplicable, pero con una matización: lo determinante no será si el devengo ya ha nacido o no en el momento del despido sino si el trabajador tiene derecho al devengo a pesar del despido. Es decir, en muchas ocasiones es el despido el que impide el cumplimiento de los objetivos y, por tanto, el devengo del bonus. De esta manera, en los casos de despido por voluntad del empresario, como se ha dicho, el trabajador tendrá derecho igualmente al bonus y, a mi entender, también deberá tener derecho a que ese bonus compute para la indemnización. La base de esta argumentación proviene del propio criterio general del Tribunal Supremo para calcular el salario regulador. Este Tribunal, ya desde antiguo, señala que "el salario regulador de la indemnización es aquel que corresponde al trabajador al tiempo de ser despedido y no el que arbitrariamente abona la empresa"⁸⁷. Por esta razón, lo importante no es si el trabajador ha devengado el bonus en el momento del despido, sino saber si el trabajador tiene derecho al bonus correspondiente el año del despido⁸⁸.

Si vistas todas las circunstancias se llega a la conclusión de que el trabajador tiene derecho al bonus anual del año del despido éste deberá ser el que compute para la indemnización. En caso contrario, deberá computar el del año anterior⁸⁹.

⁸⁴ Defendido por ALZAGA RUIZ, I., "Retribución de directivos y crisis económica", op cit., p. 121.

⁸⁵ En ambos casos se debe prorratear el bonus mensualmente. Así pues, si el bonus tiene carácter anual se dividirá por doce, pero si es plurianual por ejemplo de tres años, se dividiría por treinta y seis. En el mismo sentido, DOMINGO ARAGÓN, J., "Aspectos jurídicos-laborales del bonus", op cit., p. 2038.

⁸⁶ SSTs de 16 de mayo de 2012 (rec. 168/2011); de 25 de septiembre de 2008 (rec. ud. 4387/2007) y de 26 de enero de 2006 (rec ud. 3813/2004); STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2013 (rec. 6257/2012) de 24 de septiembre de 2010 (rec 2433/2010) de La Rioja de 17 de marzo de 1998 (rec. 33/1998). En contra STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2010 (rec. 3040/2010).

⁸⁷ STS de 25 de julio de 1989. En el mismo sentido STS de 2 de febrero de 1990.

⁸⁸ Alguna Sentencia del Tribunal Supremo lo ha entendido en este sentido. En concreto al STS de 26 de enero de 2006 (rec. ud 3813/2004) entiende que si el bonus es discrecional (refiriéndose a que los criterios de su devengo son subjetivos) es decir, con "referencia genérica al mérito" debe entenderse devengado el bonus y computado a efectos de la indemnización aunque se le despidiera antes del devengo del bonus.

⁸⁹ Para aplicar esta matización es necesario el conocimiento efectivo de la cuantía del bonus todavía no devengado. Es decir, si es imposible conocer o calcular cual es el bonus que debería haber cobrado el trabajador en caso de que no hubiera sido despedido, a los Tribunales no les queda más remedio que aplicar el del año anterior,

STSJ de Madrid de 13 de octubre de 2004; Madrid 20 de diciembre de 2005 (rec. 4850/2005). Así pues, si el bonus es de cuantía variable y proporcionada al cumplimiento de unos objetivos habrá que estar para el cálculo de la indemnización a los objetivos cumplidos en año anterior por el trabajador (y su correspondiente bonus). Igualmente si el bonus es de cuantía fija pero esta no se ha establecida todavía la cuantía habrá que estar también a la cuantía del año anterior puesto que el Tribunal no puede “inventarse” la cuantía ni substituir la voluntad de las partes en su establecimiento (en este sentido STS 19 de noviembre de 2001 (rec.3083/2000)).