

LA VINCULACIÓN DEL TRABAJADOR CON SU EMPRESA: NUEVAS PERSPECTIVAS

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

aselma@um.es

SUMARIO: I. Introducción: El pacto de permanencia en la empresa como límite del derecho constitucional al trabajo. II. Rasgos de laboralidad implícitos en el pacto de exclusividad. III. Los complementos salariales por productividad como modalidades *sui generis* del pacto de permanencia. 1. La permanencia como finalidad secundaria de ciertos complementos retributivos por productividad. 2. Los «premios económicos» a la vinculación del trabajador y su posible inadecuación a la nueva LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres. IV. Problemas prácticos derivados de otras técnicas de fidelización empresarial. 1. Las connotaciones secundarias de ciertas formas de retribución en especie. 2. Las medidas de acción social de la empresa. V. Situaciones lagunosas. VI. Conclusiones.

RESUMEN: Son muy variadas las técnicas destinadas a garantizar la vinculación temporal del trabajador con su empresa. El legislador, a través del art. 21 ET, introduce en nuestro ordenamiento jurídico una posibilidad lícita de limitar el «Derecho al Trabajo» que, con carácter general proclama el art. 35 CE. De tal forma, los «pactos no competencia», «plena dedicación» o «permanencia en la empresa» nunca podrán suponer una renuncia o disminución injustificada de los derechos de los trabajadores. Teniendo en cuenta este límite, el pacto de permanencia, para ser válido, debe reunir simultáneamente los requisitos que expresa-mente enumera el art. 21 ET. Ahora bien, es la realidad la que plantea constantemente nuevos retos de interpretación que la jurisprudencia habrá de resolver en cada caso atendiendo principalmente al equilibrio entre las partes y la buena fe contractual.

PALABRAS CLAVE: pacto, permanencia, competencia.

ABSTRACT: There are many techniques in order to guarantee the temporary relationship between the worker and his company. The legislator, through art. 21 ET, includes in the Spanish Law a legal possibility to restrict the right to work in art. 35 CE. So, competence agreements, full time job or permanence in the company won't be supposed to involve an unjustified decrease of worker's rights. If we consider this limit, permanence agreement, for

being legal, must fulfil at the same time the requirements enclosed in art. 21 ET. However, reality raises persistently new interpretation challenges, and jurisprudence must solve, in each case, mainly based on the balance between workers and companies, and the good contractual faith.

I. INTRODUCCIÓN: EL PACTO DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA COMO LÍMITE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO

No se puede realizar un análisis del tratamiento que el pacto de permanencia en la empresa recibe en nuestra jurisprudencia sin comenzar realizando una interpretación ponderada de los arts. 35 CE y 21 ET. No se discute que el art. 21 del ET impone una restricción en lo que respecta al pleno ejercicio del «derecho al trabajo» que, con carácter general, proclama el art. 35 CE. Los pactos que permanencia, plena dedicación o no competencia, de la misma manera, están condicionando, aunque sea indirectamente el ejercicio del derecho a la libre elección de profesión u oficio, que, íntimamente vinculado al «derecho al trabajo», proclama el mismo artículo 35 CE.

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

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

Pero no acaban aquí las restricciones que intentan garantizar el pleno ejercicio del art. 35 CE y del art. 10. 1 CE. Al respecto, la jurisprudencia se muestra tajante, y además de no hacer excepciones en lo que respecta a la exigencia simultánea de los requisitos de validez enumerados en el citado precepto legal, interpreta restrictivamente la redacción literal del art. 21 ET.

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

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

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

Como ocurre en todos y cada uno de los pactos que *a priori* legitima el art. 21 ET, el «pacto de permanencia» que articula el apartado cuarto del citado precepto, es también objeto de una estricta interpretación jurisprudencial. Aunque la literalidad de su redacción no es particularmente ambigua, cualquier problema práctico que la aplicación del citado precepto pueda suscitar, se solventa por medio de una interpretación restrictiva de los términos de la ley. Así, lo que en muchas veces parece un ejemplo de la libertad contractual de que disponen los contratantes para regular los derechos y obligaciones que surgen entre ellos, deviene en un pacto nulo al no superar el estricto tamiz por el que jueces y tribunales hacen pasar sus presupuestos constitutivos. Tal restricción interpretativa se va a llevar a cabo a través de dos técnicas yuxtapuestas:

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

II. RASGOS DE LABORALIDAD IMPLÍCITOS EN EL PACTO DE EXCLUSIVIDAD

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

Ni el «pacto de exclusividad» ni el «pacto de permanencia», en principio y considerados en abstracto, sirven por sí solos para determinar la naturaleza jurídica de una relación, pues se trata de alternativas de organización perfectamente lícitas y admisibles tanto en el seno de una relación laboral como en un vínculo civil o mercantil. Y es que expresamente el art. 21 ET permite incluir en el contrato de trabajo, dentro de ciertos límites, tanto el «pacto de plena dedicación» como «el pacto de permanencia en la empresa». Al mismo tiempo, también nuestro ordenamiento jurídico, legitimaría este tipo de compromiso en el seno de una relación de naturaleza civil, amparándolo en la «libertad de pacto» que caracteriza a los contratantes civiles (art. 1255 C.C.)¹.

De esta manera, aunque toda cláusula contractual que persiga alguno de estos objetivos estaría limitando la libertad constitucional de profesión u oficio (35 CE), siempre que se mantenga dentro de sus respectivos límites legales, salvaría su validez gracias a la «libertad de empresa» que proclama el 38 CE². Estas opciones

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

2 Límites que en ámbito civil lo marcaría el art. 1255 C.C. y que en la esfera laboral se plasman en el art. 21 ET. Valga como ejemplo la ya citada SAP de Asturias, de 25 de noviembre (AC 2004/392). No se discute en ningún momento la plena admisibilidad de un pacto de exclusividad que caracteriza a la relación mercantil que existe entre dos empresas.

demuestran que la dependencia económica puede existir tanto entre un trabajador dependiente y su empresario, como entre un trabajador autónomo y su cliente principal, por lo que su apreciación no tiene fuerza suficiente ni para afirmar ni para negar la naturaleza laboral o civil de la relación cuya naturaleza jurídica se deba valorar³ :

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

Ahora bien, bajo ciertas circunstancias y en un contexto muy concreto, la «exclusividad de derecho» que deriva de la concurrencia de un «pacto de exclusividad» y un «pacto de permanencia» entre los mismos contratantes aparentemente civiles, puede funcionar como un indicio de laboralidad muy contundente, aunque, curiosamente y pese a su obviedad, la jurisprudencia todavía no se ha pronunciado de manera clara. Así, el hecho de que el «pacto de exclusividad», en principio y por sí sólo, posea un valor indiciario neutro, no impide que en ciertas circunstancias pueda facilitar la identificación de la naturaleza jurídica del vínculo⁴.

En primer lugar, es fundamental destacar que, entre las cinco características esenciales de la laboralidad, será la nota de «trabajo personal» la que permita redescubrir en la «exclusividad»⁵ (cuando ésta se presenta unida a la «continuidad») un

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

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

5 La «personalidad» entendida como una suma de tres vertientes imprescindibles: la prestación del servicio por una persona física; infungible; y la configuración de un contrato de actividad y no de resultado, a pesar que la prestación de servicios pueda materializarse en ocasiones en un resultado concreto y tangible. De esta manera, es irrelevante a la hora de intentar descubrir una relación laboral encubierta que una empresa con personalidad jurídica propia, independiente de la de sus socios, realice su actividad profesional de manera exclusiva para un cliente principal, del que dependa económicamente, porque nunca podrá concurrir el requisito de la «personalidad» inherente para concertar un contrato de trabajo –salvo que concurren en el caso suficientes indicios de fraude como para levantar el velo de la persona jurídica–. Esto es lo que ocurre entre un montador de cocinas y una empresa dedicada a la venta de muebles en el caso que resuelve la STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 1999 (AS 1999/1268). La colaboración habitual en la actividad productiva de ambos sujetos,

rasgo de dependencia jurídica⁶. En caso contrario, cuando no sea esencial la identidad del prestador del servicio para cumplir el objeto del contrato, o se contrate con una persona jurídica, la continuidad y la prestación exclusiva del servicio para un cliente principal, perderá toda su trascendencia, puesto que faltaría de todas maneras un presupuesto esencial del contrato de trabajo⁷.

Prestándose un trabajo personal, existe una poderosa vinculación entre «exclusividad» y laboralidad todavía muy poco explorada. Se pone de manifiesto cuando en un contrato aparentemente civil existe un compromiso expreso de exclusividad y continuidad en la relación, de tal intensidad que puede afirmarse que es potencialmente capaz de excluir la libre participación en el mercado que debe acompañar cualquier prestación de servicios por cuenta propia. Apreciando esta nueva relación causal, se abre una vía todavía poco utilizada pero muy efectiva para dar lugar a un fenómeno de *vis extensiva* del ámbito del Derecho del Trabajo⁸.

lleva al juzgador a apreciar ciertos rasgos de «dependencia jurídica» derivados de la exclusividad del servicio. En esta ocasión, se aprecia un concepto muy sutil de «integración productiva» (como modalidad atenuada de la clásica subordinación empresarial), pero suficiente para sustentar la calificación laboral de la relación controvertida, a pesar de estar encubierta bajo la apariencia formal de un arrendamiento civil de servicios.

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

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

8 Teniendo esto en cuenta, el pacto de exclusividad sería admisible tanto en una relación laboral (art. 21.1 ET) como en un vínculo civil, siempre y cuando este pacto de exclusividad no tuviese tal intensidad que fuese capaz «de producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado». La SAP de La Coruña, de 15 de mayo; (JUR 2002/215681) reconoce que un pacto de exclusividad que implique un reparto de mercados para las empresas que lo suscriben será nulo de pleno derecho, no surtiendo efectos ni frente a las partes ni frente a terceros, por ser un ejemplo de práctica impositiva, restrictiva o de falseamiento de la libre competencia. Salvo esta limitación, en los demás casos, el pacto de exclusividad estaría legitimado por la libertad de pacto que caracteriza a los contratantes civiles. Ahora bien, la intensidad del pacto de exclusividad en el seno de una relación calificada como civil, que como regla general sólo puede producir controversias acerca de la posible lesión a la libre competencia, cuando se introduce en una relación en la que el sujeto encargado de prestar el servicios actúa como persona física, (es decir, sin constituir una sociedad) con personalidad jurídica pro-

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

Conceptualmente se parte de la siguiente reflexión: aquellos pactos demasiado rigurosos que se presentan en el seno de un contrato calificado como civil, pero que por su contenido estén restringiendo al máximo la «libertad de participación en el mercado de bienes y servicios» del sujeto que realiza la actividad productiva, en realidad estarán haciendo desaparecer un rasgo esencial de todo trabajo autónomo⁹; pues al faltar una de sus notas constitutivas, se excluye sin lugar a dudas la plena autonomía del servicio y se habrá de considerar necesariamente que la participación productiva se ha estado desarrollando en régimen de dependencia jurídica. En todos los demás supuestos, los pactos de exclusividad seguirán siendo elementos «neutros», amparados en abstracto por el art. 1255 C.C., sin valor de ninguna clase, ni a favor ni en contra de la laboralidad¹⁰.

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

En concreto, tiene un valor indiciario potencial aquellos compromisos que únicamente imponen un deber de dedicación exclusiva y permanencia a uno de los contratantes, porque son los supuestos en los que verdaderamente se podrá constatar la desigualdad de posiciones contractuales¹¹. A su vez, dentro de este grupo,

pia, y sin trabajadores a su servicio, la intensidad del pacto de exclusividad puede dar lugar a consecuencias mucho más graves, llegando incluso a poner en entredicho la naturaleza de la relación jurídica que vincula a las partes, considerando que bajo la apariencia de la relación civil que declaran los contratantes, verdaderamente se encubre una relación laboral, caracterizada por la dependencia jurídica.

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

10 Salvo la ya citada trascendencia que la «dependencia económica» pueda llegar a tener sobre la «dependencia laboral».

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

habrá que atender a la duración temporal del compromiso, pues se puede constatar fácilmente que la intensidad del «pacto de exclusividad» depende de su duración temporal.

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

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

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

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

La «libertad de empresa» aparecerá gravemente limitada cuando, en virtud de una cláusula contractual, se le está privando a un sujeto de la libertad de participar libremente en el mercado de bienes y servicios. Y si la limitación que se genera a través de los pactos de permanencia y exclusividad se mantiene durante el tiempo suficiente como para considerar que se está excluyendo la libre participación en el mercado que caracteriza a todo trabajo autónomo, verdaderamente se habrá dado lugar a una relación de naturaleza laboral y no civil (caracterizada entre otras cosas

por su *ajenidad en el mercado*), a pesar de lo que formalmente han declarado los contratantes¹².

Pero no todos los pactos de exclusividad y continuidad insertos en vínculos aparentemente civiles pueden llegar a tener valor indiciario. Y es que la libertad de pacto de la que disponen los contratantes civiles sirve para justificar gran parte de las limitaciones, siempre que estas no sean de tal intensidad que lleguen a coartar uno de los presupuestos esenciales de un contrato civil concertado con un profesional independiente: la libre participación en el mercado. Así, gran parte de los pactos contractuales que intentan conseguir la exclusividad o la continuidad en la prestación del servicio no son más que meras manifestaciones lícitas de la autonomía de los contratantes civiles (1255 C.C.) sin suficiente valor como para entender que han servido para desvirtuar uno de los rasgos esenciales del trabajo autónomo e intrascendentes a efectos de identificación del vínculo.

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

La libertad de participación en el mercado es una característica esencial del trabajo autónomo¹³. Y si se desvirtúa, se estará configurando una relación de natura-

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

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

1º) La titularidad de una organización productiva propia por pequeña que sea. Así se infiere de la STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) de 26 de febrero de 1999 (AS 1999/1268). La organización productiva puede esta compuesta por medios materiales o inmateriales, pero todos ello de valor patrimonial, susceptibles de valoración económica. Existirá «organización empresarial propia» a pesar de que no abarque un local determinado, ni una maquinaria especializada, ni sus propios trabajadores dependientes, siempre que al menos aporte una organización particular y una forma concreta de ofertar el servicio con el fin de satisfacer las preferencias de la demanda, que garantice su aceptación

leza jurídica distinta. Optar por un criterio temporal concreto permitiría objetivar las decisiones jurisprudenciales y ofrecer en la identificación de la naturaleza jurídica de las relaciones humanas productivas cierta seguridad jurídica. En cualquier caso, a falta de otro punto de referencia temporal, puede ser muy útil acudir al límite de los dos años que incluye el art. 21.4 ET. Este criterio por el momento únicamente se puede inducir de ciertas decisiones jurisprudenciales (tanto en el ámbito de la jurisdicción civil como laboral) que de manera implícita respetan este límite temporal¹⁴;

en el mercado de bienes y servicios. Este elemento esencial del trabajo autónomo, en ocasiones, se diferencia con dificultad de la prestación de servicios laborales cuando un trabajador autónomo es el que lleva a cabo directamente, de manera personal, y con unos medios o útiles de trabajo básicos y de escaso valor, la actividad productiva. Situaciones en las que frecuentemente se encubre una verdadera relación laboral bajo la apariencia de falso trabajo autónomo.

2º) Como expresamente declara la exposición de motivos de la Ley de Defensa de la Competencia Ley 16/1989), también es imprescindible para constituir válidamente una prestación independiente de servicios, que el sujeto en cuestión mantenga la libertad de participar en el mercado de bienes y servicios con plena autonomía. Las posibles limitaciones que permite el art. 1255 C.C. no pueden llegar nunca al extremo de hacer desaparecer este rasgo esencial del trabajo autónomo, so pena de desnaturar la prestación de servicios por cuenta propia y dar lugar a una prestación laboral. Ahora bien, la trascendencia práctica de los pactos limitativos de la libre competencia demasiado estrictos, sólo generan dudas en torno a la naturaleza jurídica de la relación, cuando el profesional en cuestión lleva a cabo su actividad de manera personal. En caso contrario, al faltar de todas maneras un rasgo inherente a la prestación laboral como es el «trabajo personal», las prácticas limitativas, serán sancionables, y los acuerdos entre empresas declarados nulos por su potencialidad lesiva de la libre competencia, pero nunca llegarán al extremo de introducir dudas a la hora de determinar la naturaleza civil o laboral del vínculo que une a las partes. Teniendo esto en cuenta, apreciar que falta un requisito esencial de trabajo autónomo permite simplificar la prueba de la dependencia laboral –o al menos de que existe en la relación controvertida suficiente margen de «integración productiva» como para declarar la naturaleza laboral de la relación, haciendo uso de la relación excluyente que respectivamente existe entre prestación de servicios por cuenta propia y la actividad por cuenta ajena en nuestro modelo productivo.

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

de la exposición de motivos de la Ley de Defensa de la Competencia¹⁵, y de las normas de derecho interno que persiguen aplicar en España las normas comunitarias de competencia¹⁶.

Debido a este razonamiento, se puede afirmar que, si la plena autonomía es un rasgo esencial del profesional autónomo, ciertas cláusulas contractuales, introducidas en principio como una manifestación más de la libertad de pacto de los contratantes civiles, pueden llegar al extremo de hacer desaparecer el rasgo identificativo por excelencia del trabajo autónomo¹⁷.

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

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

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

17 No se discute que, para valorar la licitud de ciertos pactos contractuales, se ha de tener en cuenta su potencialidad para limitar o vulnerar de alguna manera la libertad de los contratantes para participar en el mercado. Ahora bien, la jurisprudencia, a la hora de determinar si se ha respetado la libre competencia entre los contratantes civiles, no se decanta por el momento por concretar a partir de qué duración, el pacto de exclusividad está atentando contra la libertad de los contratantes. Puede que se deba dejar a la discrecionalidad del juez, que valore detenidamente los distintos criterios que entran en conflicto, y ofrezca una solución oportuna en cada momento. En este sentido, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 16 de diciembre (AC 1996/1729), hace uso de este criterio a la hora de valorar la licitud de un pacto de distribución en exclusiva entre distintas empresas. Por las

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

Ahora bien, a pesar de que existe un enlace lógico muy claro entre las limitaciones contractuales demasiado intensas de la libre participación en el mercado y su valor como nuevos indicios de laboralidad, por el momento, no gozan de una aplicación jurisprudencial contundente. La dificultad de su apreciación estriba en el hecho de que tales argumentos en realidad no sirven para identificar un rasgo directo de dependencia jurídica, sino que únicamente permiten su constatación por vía indirecta; es decir, no estarán aportando elementos probatorios a favor de la dependencia jurídica sino negando la presencia de uno de los elementos esenciales del trabajo autónomo, y deduciéndola en consecuencia. En particular, sería especialmente útil para revelar nuevas formas de simulación que bajo la apariencia de una colaboración civil prestada por un trabajador autónomo dependiente, en realidad estarán encubriendo una verdadera relación laboral¹⁸.

circunstancias del caso, y por las características personales de los contratantes, no se suscita en esta ocasión dudas de ninguna clase acerca de si el pacto en cuestión podría estar encubriendo en realidad una prestación laboral de servicios. Ahora bien, si que se manifiesta con claridad que el respeto a la libertad de los contratantes civiles es un dato esencial para determinar la licitud de los pactos de exclusividad. Criterio interpretativo que podría extenderse a la hora de determinar la licitud o trascendencia de los pactos de exclusividad ante otras cuestiones, no ya para garantizar la defensa de la libre competencia en el mercado de bienes y servicios, sino para impedir que una relación laboral pase desapercibida encubierta bajo una forma jurídica que no le corresponde. El Tribunal de Defensa de la Competencia reconoce «los peligros de perturbación de la libre competencia que puede conllevar un sistema de exclusividad en la distribución», y por ello, hay que contemplar si tales conductas pueden resultar contrarias a la libre competencia en el mercado correspondiente». Pero entiende el tribunal que «no existe abuso en este caso mientras no haya también cierre del mercado que sería la cuestión decisiva para resolver el incidente en un sentido o en otro (...), y en este caso, el hipotético cierre del mercado no resulta suficientemente demostrado».

Ahora bien, cuando el sujeto que ha pactado la exclusividad es una persona física que realiza una actividad productiva de manera continuada en el tiempo para un único contratante en régimen de exclusividad, sería apropiado concretar la duración lícita máxima del pacto de exclusividad como cláusula contractual introducida en una relación civil. Sólo así se podrá saber con certeza, en qué supuestos el pacto de exclusividad excede el margen admisible de la autonomía de la voluntad de los contratantes a la hora de regular su relaciones productivas a través de un contrato civil, y llega al extremo de modalizar la naturaleza jurídica de la relación, dando lugar al margen de dependencia jurídica, suficiente como para estimar la existencia de un contrato de trabajo.

18 En concreto, los argumentos citados son particularmente importantes para descubrir una situación de fraude de ley (art. 6.4 C.C.) y que se materializa en el hecho de incluir pactos en principio lícitos y amparados por la «libertad de empresa» (38 CE) y por la «autonomía de la voluntad» (1255

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

El criterio interpretativo que se propone desde estas líneas coincide con las puntuales decisiones jurisprudenciales que, de forma tangencial tocan este tema. Y es que por el momento, se admite sin reservas la licitud de un pacto de exclusividad concertado en el seno de una relación civil, de sólo un año de duración¹⁹. En dicha respuesta, de alguna manera aparece latente la consideración de que de la intensidad del pacto deriva la potencialidad lesiva que en cada caso pueda llegar a tener el compromiso de exclusividad sobre la «libre participación en el mercado»²⁰. Reflexión que se adecua perfectamente al límite temporal que se propone desde estas líneas.

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

C.C.) que amparan a los contratantes civiles, pero que en la práctica, están excediendo las fronteras de cualquier contrato civil, privando a la relación así configurada de uno de los elementos constitutivos del trabajo por cuenta propia, encubriendo un supuesto de real dependencia jurídica, bajo una forma que corresponde a una modalidad contractual lícita pero muy distinta a su verdadera naturaleza.

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

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

III. LOS COMPLEMENTOS SALARIALES POR PRODUCTIVIDAD COMO MODALIDADES *SUI GÉNERIS* DEL PACTO DE PERMANENCIA

Recientemente la jurisprudencia ha admitido que el pacto de permanencia pueda presentar formas hasta ahora desconocidas: el debate lo originan ciertos complementos retributivos de naturaleza variable, reconocidos en el convenio colectivo de empresa y denominados *bonus*, a través de los que se incentiva la productividad individual del trabajador, pero que indirectamente también están obligando al trabajador a permanecer en la empresa durante cierto periodo de tiempo.

Posiblemente la mayor novedad interpretativa subyace en la reciente sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2006²¹. En su fundamentación jurídica se utiliza curiosamente una interpretación amplia del «pacto de permanencia», para evitar que prosperen ciertas limitaciones de la «libertad de trabajar» impuestas en virtud de un contrato de trabajo. Es decir, se potencia la calificación de algunos pactos contractuales como formas atípicas del «pacto de permanencia» para, a continuación negarles eficacia vinculante por no respetar los requisitos legales y jurisprudenciales de validez.

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

1. La permanencia como finalidad secundaria de ciertos complementos retributivos por productividad

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

21 Aranzadi RJ 2006/8247.

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

La controversia se plantea en virtud de un proceso de reclamación de cantidad cuando la trabajadora, tras causar baja voluntaria en la empresa cuando sólo habían transcurrido siete meses desde la fecha de cobro del último *bonus*, pretende que se le reconozca el derecho a cobrar la parte proporcional del dicho complemento variable en función de los objetivos alcanzados durante el periodo en el que efectivamente ha estado prestando servicios en la citada empresa. Por el contrario, y aunque no se discute la plena consecución de los objetivos de productividad individual predeterminados, la empresa, alegando que falta el requisito temporal exigido en el convenio colectivo, se niega a incluir dicha cantidad en el finiquito que presenta a la trabajadora.

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

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

Con estas respuestas, los juzgadores no hacían más que ajustarse a la línea interpretativa que, en la resolución de casos de este tipo, imperaba en la jurisprudencia de nuestro país antes del 23 de noviembre de 2006. Por ese motivo, en los casos en los que el trabajador cesase voluntariamente en la empresa sin esperar a

que se cumpliesen todos los requisitos exigidos para el devengo de un complemento retributivo de formulación híbrida –y aunque de forma indiscutible se hubiesen satisfecho algunos de los objetivos a los que se vinculaba la adjudicación del plus–, dicho complemento salarial no pasaba a integrar su patrimonio jurídico. Lo mismo ocurría cuando el trabajador era objeto de un despido disciplinario procedente, pues, en esos casos, de alguna manera, la extinción de la relación laboral había dependido de su exclusiva voluntad²².

En cambio, la respuesta jurisprudencial era totalmente distinta cuando la extinción del contrato de trabajo se producía en virtud de un despido improcedente. En esos casos, sí se reconocía el derecho del trabajador de cobrar la parte proporcional de complemento salarial en función de los objetivos alcanzados, aunque no fuese a formar parte de la plantilla de la empresa en la fecha fijada inicialmente para el devengo del plus. Y es que en caso contrario, de no reconocer esta posibilidad excepcional de pago proporcional, se estaría incurriendo en una vulneración del art. 1283 del C.C. que impide «*dejar el cumplimiento de las obligaciones al arbitrio de uno sólo de los contratantes*»²³.

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

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

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

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

Pero en esta ocasión, y en contra de lo que hubiera sido previsible, el alto tribunal no se limita a aplicar las normas civiles acerca de la libertad de pacto, sino que intenta reforzar las garantías del trabajador dependiente interpretando extensivamente las restricciones que al respecto formula el art. 1255 del Código Civil: «*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*». Y para alcanzar este objetivo, califica determinados *bonus* como modalidades atípicas del pacto de permanencia. En virtud de esta peculiar interpretación se consigue que se reconozca el derecho de la trabajadora a cobrar la parte proporcional del plus que le correspondía por los objetivos alcanzados. El Tribunal Supremo aplica así la literalidad de la ley en beneficio del trabajador dependiente, evitando que prosperen ciertos acuerdos de voluntades mediante los cuales, de alguna manera, se están trasgrediendo ciertos imperativos legales: en este caso, los requisitos de validez de los que el art. 21.4 ET hace depender el «pacto de permanencia en la empresa».

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

Jamás se ha negado que ciertos complementos retributivos intentaban fomentar la permanencia del trabajador en la empresa. En la práctica, los incentivos retributivos constituyen una de las medidas más eficaces de fidelizar al trabajador con su empresa²⁴. En cambio, esta causa última hasta ahora nunca se había considerado suficiente como para calificar a estos *bonus* como modalidades atípicas del pacto de permanencia en la empresa²⁵. La novedad de esta sentencia no radica en el hecho de que se proclame la finalidad vinculante de este tipo de complementos salariales, sino de que, para que las cláusulas de este tipo puedan surtir plenos efectos, se les exija por primera vez que cumplan todos los requisitos que legalmente se le exigen a un pacto de permanencia²⁶.

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

Siguiendo este razonamiento, el convenio colectivo, al introducir esta medida destinada a vincular en el tiempo al trabajador con su empresa, no había tenido en consideración que se le procurara una «especialización profesional», ni la trabajadora que planteó la demanda (recordemos que se trataba de una simple comercial) desempeñaba una actividad en la empresa que se pudiese considerar «necesaria para poner en marcha determinados proyectos o realizar un trabajo», cuya marcha anticipada pudiese generar un perjuicio económico, cuantificable e indemnizable para su empresario. Pero lo que es más importante, si se considera al *bonus* como un tipo peculiar de pacto de permanencia, y al estar dicho *bonus* reconocido en el texto del convenio colectivo de empresa, en virtud de la tajante interpretación restrictiva con que la jurisprudencia aplica el art. 21.4 ET, no será tampoco este cauce formal el apropiado para estimar cumplido el requisito de que dicha previsión se pacte «por

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

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

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

escrito», pues se tiende a endurecer la previsión literal, exigiendo que dicho pacto se incluya expresamente en el texto del contrato de trabajo²⁷.

Primará entonces la finalidad del pacto (conseguir la permanencia del trabajador en la empresa) y no su calificación o formulación expresa (mero complemento retributivo). Al mismo tiempo, siempre hay que tener en cuenta el principio de conservación de los contratos que recoge el art. 9.2 ET, en virtud del cual se le permite al trabajador conservar el *bonus* y con él su complemento retributivo por productividad, pero en cambio elimina el condicionamiento de la permanencia en la empresa que, al no respetar los requisitos mínimos de validez exigidos en el art. 21.4 ET, se considera abusivo y por tanto, nulo. Es decir, en virtud de este fallo, se produce un replanteamiento de las posibles formas que puede adoptar un pacto de permanencia. Para llegar a esta conclusión el TS parte de una interpretación finalista del pacto de permanencia, y en virtud de ella, realiza su comparación con otro tipo de pactos convencionales y contractuales que persiguen la misma finalidad. Será el *bonus* una de las posibles modalidades que puede adoptar el pacto de permanencia, y por lo tanto, a juicio del tribunal, debe estar sometido a las mismas limitaciones y condicionamientos de validez que el ET impone en su art. 21.4²⁸.

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

2. Los «premios económicos» a la vinculación del trabajador y su posible inadecuación a la nueva LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres

No todas las retribuciones complementarias que se vienen calificando como *bonus* pueden considerarse modalidades atípicas del pacto de permanencia. Tan sólo un

27 Ver supra, nota 17.

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

tipo muy concreto de estos pluses impone condiciones lo suficientemente estrictas como para poder atribuirles este carácter.

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

Pero existen también otros complementos retributivos calificados como *bonus* que no se hallan directamente relacionados con la productividad del trabajador sino con su antigüedad en la empresa o su falta de absentismo. Con ellos se intenta también potenciar la fidelización del trabajador con la organización productiva de la que forma parte, pero a través de procedimientos distintos²⁹.

Así, los problemas interpretativos que plantea el complemento variable por productividad cuando se vincula a la permanencia del trabajador en la empresa, no surgen cuando el plus salarial se hace depender de unos requisitos temporales que lo convierten tan sólo en una modalidad peculiar de complemento salarial por antigüedad. Se premiará entonces la vinculación del trabajador con su empresa, no en virtud de su rendimiento individual cuantificado en función de su productividad material, sino tomando como punto de referencia el número de jornadas hábiles en las que el trabajador ha prestado servicios a lo largo del año³⁰.

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

30 Esta es la finalidad que persigue el complemento «por puesto de trabajo» establecido en el convenio colectivo de un gran centro comercial cuya legitimidad se discute en la STS (Sala de lo Social) de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/3500). En esta ocasión, dicho complemento sólo lo perciben los trabajadores que hayan permanecido en la empresa durante un periodo mínimo de tiempo (en este caso, un año). Así, una vez adquirido el derecho a percibir el citado complemento, cada trabajador, percibirá un complemento retributivo mensual predeterminado en función del puesto de trabajo que desempeña. Debido a los requisitos de los que se hace depender su devengo, ni los trabajadores de nuevo ingreso, ni los temporales percibirán el llamado «complemento por puesto de trabajo». El alto tribunal, pese a todo, considera que «la percepción de una retribución económica atendiendo, entre otros extremos a la vinculación del trabajador no constituye un dato que permita fundamentar la existencia de un trato desigual, constitucionalmente inadmisibles. Establecer una especial retribución por razón de la permanencia en la empresa es de suyo una decisión que presenta los caracteres de objetiva y razonable, que sirve para establecer una diferencia económica, en todo caso justificada, entre quienes hayan cumplido o no ese requisito de permanencia». Muy recientemente el TS al resolver diversos recursos de casación por unificación de doctrina ha perfilado esta respuesta. Así, especifica que también los trabajadores temporales de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos tendrán derecho a percibir el «plus convenio» o «complemento por permanencia y desempeño» siempre y cuando, en

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

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

Si se intenta vincular al trabajador con la empresa durante más de un año, posiblemente se haya incorporado a la relación una modalidad poco frecuente del «pac-

virtud de su relación temporal, hayan permanecido vinculados a la empresa el tiempo necesario para estimar completado el periodo temporal de permanencia del que se hace depender el devengo del plus. A juzgar por ello, se puede concluir que, aunque determinados «bonus» se consideran modalidades atípicas del pacto de permanencia en la empresa, y como tales, les son exigibles los mismos requisitos de validez que enumera el art. 21.4 ET, otros complementos retributivos, de naturaleza variable, atendiendo al periodo temporal que utilizan como parámetro de cómputo, no tiene tanta intensidad como para poder aplicarles la misma calificación. Por ello, su validez, al menos por el momento, no se hace depender de su adecuación formal con el art. 21.4 ET, sino con otros requisitos de razonabilidad, proporción, e igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa que se encuentren en las mismas circunstancias. Al respecto, son muy significativas las STS (Sala de lo Social), de 28 de marzo de 2007 (rec. n.º. 4731/2007), de 29 de marzo de 2007 (149/2006), también de 29 de marzo de 2007 (rec. n.º.5178/2005) y de 4 de abril de 2007 (rec. n.º. 323/2006). Por lo tanto, será entonces el criterio de la prestación continuada de servicios a lo largo del año y no la modalidad de contrato (temporal o indefinido) que vincule al trabajador con su empresa el criterio del que va a depender en definitiva el derecho a complemento controvertido, sin que pueda considerarse que supone una diferencia de trato injustificada el hecho de primar a los trabajadores por su permanencia (siempre y cuando dicha permanencia en la empresa también se le reconozca a todos trabajadores que cumplan los requisitos temporales predeterminados aunque mantengan una relación laboral temporal). En cambio, si los mismos problemas de desigualdad de trato se plantearan hoy, pero referidos esta vez a la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres posiblemente la decisión hubiera sido muy diferente. Y es que no se puede negar que el hecho de que una trabajadora pierda el derecho a cobrar el citado complemento salarial cuando no preste trabajo efectivo durante el año natural completo si durante ese periodo se ve obligada a colocarse en situación de baja maternal, constituye una medida de discriminación por razón de género, aunque formulada indirectamente.

to de permanencia», y por lo tanto, para que pueda surtir todas sus consecuencias, debe ajustarse a las limitaciones enumeradas en el art. 21.4 ET.

Por el contrario, si el devengo del complemento retributivo objeto de debate toma como referencia temporal periodos iguales o inferiores al año, no se discute su plena admisibilidad como una modalidad *sui géneris* de complementos funcionales. En estos casos, dicha percepción salarial escapa a los condicionamientos que legal y jurisprudencialmente se le vienen exigiendo al pacto de permanencia pues, aunque ambos tipos de *bonus* son muy similares en cuanto a su devengo y finalidad, mantienen suficientes elementos diferenciadores como para someterlos a distintos presupuestos de validez³¹.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que los complementos retributivos que por el momento no han planteado problemas de adecuación con el art. 21.4 ET, al no poder considerarse modalidades atípicas del pacto de permanencia, si pueden encontrar serios problemas de admisibilidad en la nueva regulación que introduce en nuestro ordenamiento jurídico la reciente LO 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres³².

Y es que, el hecho de que ciertos complementos salariales se hagan depender de la efectiva prestación de servicios durante la mayor parte de las jornadas hábiles del año natural, impide indirectamente tener derecho a dicha cantidad salarial a las trabajadoras que hagan uso de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o la lactancia, baja maternal, que decidan disfrutar temporalmente de una excedencia por cuidado de hijos, o que se vean afectadas por una situación de incapacidad temporal derivada de contingencias relacionadas con su embarazo. De tal forma, lo que en principio parece tan sólo una modalidad de complemento salarial que intenta evitar el absentismo en la empresa, puede convertirse indirectamente en una fórmula de discriminar económicamente a las trabajadoras que pederían el citado complemento cuando deseen hacer uso de los derechos que la ley les reconoce para proteger la maternidad, a diferencia de lo que les ocurre a sus compañeros varones que presentan, al menos *a priori*, menos obstáculos para percibirlo.

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

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

32 Véase BOE 23 de marzo de 2007.

IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DE OTRAS TÉCNICAS DE FIDELIZACIÓN EMPRESARIAL

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

1. Las connotaciones secundarias de ciertas formas de retribución en especie

Además del «pacto de permanencia» existen otro tipo de medidas destinadas a potenciar la permanencia del trabajador con su empresa, susceptibles también de cuantificación económica, sobre las que no se pronunció la STS comentada³³. De entre todas ellas, posiblemente sean las llamadas *stock options* las que presenten problemas más serios de interpretación, pues para que el trabajador pueda ejercer los derechos de opción sobre acciones que se le han otorgado necesita permanecer en la empresa hasta el momento fijado para materializar dicha opción. En caso contrario, la expectativa de derecho que había adquirido con la *stock option*, se frustra.

Doctrina y jurisprudencia reconocen la doble finalidad (retributiva y fidelizadora) de las *stock options*³⁴, pero sobre lo que por el momento no existe una postura interpretativa clara es sobre la necesaria adecuación de los pactos en virtud de los que se concede a un trabajador el derecho a ejecutar determinado número de opciones sobre acciones, a los requisitos legales enumerado en el art. 21.4 ET.

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

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

Si la previsión contractual estuviese directamente destinada a garantizar la permanencia del trabajador, no quedaría ninguna duda acerca de si aplicar o no las previsiones que contempla el art. 21.4 ET. En cambio, al considerarse que dicha finalidad aparece contemplada tan sólo de una manera indirecta, sus problemas de legalidad son más relativos³⁵.

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

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

2. Las medidas de acción social de la empresa

Más problemas de interpretación generan otras técnicas de fidelización empresarial a las que no puede reconocérsele naturaleza retributiva. Se trata de medidas calificadas como de «protección social complementaria», y que, como tales, están destinadas a ofrecerle al trabajador una mejora voluntaria sobre el nivel de protección que garantiza el sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, carecen de naturaleza salarial, y por ello, resulta más dudoso si cabe, aplicarles el mismo criterio interpretativo que ha manifestado el TS en su sentencia de 23 de noviembre de 2006.

³⁵ La STS de 26 de enero de 2006 (RJ 2006/2227) reconoce expresa y tajantemente que las *stock options* «no están destinadas sólo a compensar la fidelidad o mantenimiento continuado de la relación laboral» sino que también «pretenden actuar como una contrapartida o contraprestación al trabajo realizado».

Y es que, en el caso objeto de debate sobre el que se pronunció el TS se trataba de determinar hasta qué punto cierto complemento de retribución variable tenía como objetivo garantizar la permanencia del trabajador con su empresa, y por lo tanto, le debían ser exigibles los mismos requisitos de validez que, con carácter general proclama el art. 21.4 ET. Ahora bien, la vocación de permanencia que parece obvia en el caso del *bonus* controvertido, no parece tan clara cuando se aplica sobre otras medidas extrasalariales³⁶.

Pero no será tan sólo la distinta naturaleza jurídica (salarial en un caso, y extrasalarial en otro) que presentan los distintos conceptos económicos que se intentan comparar en este momento, sino la diferente regulación jurídica de la que son objeto unos y otros, la que permita ofrecer una respuesta distinta a cada uno de estos supuestos. La mayor diferencia radica en que la Ley de Ordenación del Seguro Privado, en su disposición adicional 1º impone a las empresas la obligación de externalizar sus compromisos por pensiones. Y aunque este tipo de pactos no constituye lo únicos tipos de protección social complementaria que pueden acordarse, sí van a representar su sector más importante. Por medio de esta obligación de contratar con entidades independientes la cobertura de los riesgos a los que se ha comprometido la empresa se intenta garantizar no sólo la efectividad del los derechos adquiridos por el trabajador en caso de insolvencia empresarial, sino también, que el trabajador conserve sus derechos independientemente de las vicisitudes que sufra su vida laboral, incluso aunque los cambios se produzcan en virtud de su exclusiva voluntad.

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

Ante todo lo expuesto, posiblemente no sea demasiado descabellado intuir que ante la nueva ampliación de los pactos de permanencia por vía interpretativa que ha iniciado la STS referenciada, las empresas intentarán conseguir el mismo efecto

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

fidelizador pero no ya a través de complementos retributivos de devengo complejo, sino estableciendo más y mejor dotadas medidas de protección complementaria, a las que por el momento no les son exigibles los mismos requisitos de validez que sí se le exigirían a otras medidas económicas destinadas a potenciar la permanencia del trabajador en su empresa, y que, habida cuenta de su naturaleza jurídica extrasalarial, tampoco son objeto de cotización.

V. SITUACIONES LAGUNOSAS

La principal consecuencia del incumplimiento del trabajador de un pacto de permanencia es el deber de compensar económicamente los daños y perjuicios que su marcha anticipada ha ocasionado a la empresa³⁷. En algunos casos en el texto del contrato se predetermina la cuantía de la indemnización que habrá de abonar el trabajador que no ha respetado su compromiso de permanencia³⁸, y en otros, será la jurisdicción social la encargada de concretar su importe, ponderando el tipo de prestación laboral que realizaba el trabajador y su trascendencia sobre el conjunto de la organización empresarial, el coste exacto de la formación recibida y las circunstancias fácticas en las que el cese se ha producido³⁹.

Tampoco pueden confundirse los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pacto de permanencia con la indemnización que procede cuando el desistimiento del trabajador se produce sin ajustarse al preaviso estipulado. Así, el incumplimiento de un pacto de permanencia puede coincidir o no con la ausencia de preaviso en el

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

38 En ocasiones, predeterminar en el texto del contrato una indemnización demasiado elevada a favor de la empresa puede hacer peligrar la validez del pacto de permanencia, si el tribunal estima que, con tal compromiso se está produciendo un abuso de derecho por parte de la empresa sobre el trabajador. Por el contrario, no se discute la validez del pacto cuando el importe indemnizatorio se ajusta estrictamente al importe de los cursos de formación que el trabajador ha recibido. A tal conclusión llegan, entre otras, las SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 18 de octubre de 2006 (JUR 2007/70023) y de 19 de abril de 2006 (JUR 2006/296931). Así, no se discute la proporcionalidad de una indemnización por daños y perjuicios que se limita a compensar el importe de la matrícula de la que en su momento se hizo cargo la empresa.

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

desistimiento (art. 49.1.d ET), pues en cualquier caso, estos comportamientos implican una trasgresión de compromisos de distinta índole, y por tanto, darán lugar a consecuencias diferentes y a indemnizaciones económicas independientes a favor de la empresa (aunque su procedencia se pueda dilucidar en un mismo proceso)⁴⁰.

Ahora bien, aunque de manera contundente, jueces y tribunales restringen patentemente los supuestos en los que el incumplimiento de un pacto de permanencia es capaz de generar indemnización por daños y perjuicios, existen diversas situaciones en las que se rompe esta tendencia general.

- 1º. Por ejemplo, es curiosa la admisibilidad de los pactos de permanencia en el seno de un contrato de duración temporal. Y es que, desde un punto de vista lógico, intentar compatibilizar ambos conceptos resulta un contrasentido, pues no es razonable intentar vincular temporalmente a un trabajador con su empresa cuando únicamente mantiene un contrato de duración limitada en el tiempo con ella. Pese a todo, por el momento se obvia la desproporción que, sin necesidad de que concorra otro requisito coadyuvante, implica el hecho de que el trabajador condicione su facultad de desistir libremente de su relación laboral en virtud del pacto de permanencia, cuando el empresario lo único que oferta a cambio es un contrato de duración determinada en el tiempo⁴¹.
- 2º. No es muy acorde con una interpretación restrictiva del art. 21.4 ET que se pueda admitir la validez del pacto de permanencia aunque la formación recibida por el trabajador no se ajuste exactamente a la «especialización» óptima y eficaz que se correspondería con las funciones propias de su categoría profesional. Así, en determinadas ocasiones se obvia el abuso de derecho que deja entrever esta circunstancia y se admite que el «pacto de permanencia» surta plenos efectos, siempre y cuando, la formación recibida, pese a estar pensada para funciones distintas a aquellas para cuya ejecución se contrató al trabajador dependiente, se correspondan al menos con funciones propias de una categoría profesional superior

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

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

con el fin de no coartar ni limitar las expectativas de promoción profesional del trabajador⁴².

VI. CONCLUSIONES

La práctica demuestra que la redacción literal del art. 21.4 ET es insuficiente para dar respuesta a diversas situaciones en las que se pretende lograr el mismo tipo de vinculación que genera el pacto de permanencia, pero a través de otras técnicas. De tal forma, es la interpretación jurisprudencial la que amplía y reinterpreta el tenor literal del citado artículo e introduce cierto grado de complejidad sobre un tema que en principio parecía pacífico, por lo que resulta oportuno destacar y explicar las nuevas tendencias jurisprudenciales que inciden sobre el reconocimiento y valoración del pacto de permanencia en la empresa.

Y es que, aunque son cuatro los requisitos a los que, según el art. 21.4 ET, debe ajustarse todo pacto en virtud del cual se quiera imponer la permanencia del trabajador en la empresa («especialización profesional» «necesaria para poner en marcha determinados proyectos o realizar un trabajo específico», durante un «máximo de dos años» y «por escrito»), como se ha podido apreciar, estos condicionamientos que en su redacción literal parecen claros, también son susceptibles de suscitar problemas de interpretación muy diversos. Jueces y tribunales no sólo se ven obligados a discutir en numerosas ocasiones qué se entiende por «**especialización profesional a cargo del empresario**», sino que, a golpe de sentencia se tendrán que ocupar de perfilar la redacción literal del art. 21 ET, con el fin de dar respuesta a nuevos problemas que se suscitan constantemente en la práctica.

En definitiva, jurisprudencialmente, aunque no consten expresamente enumerados en la redacción literal del art. 21.4 ET, se requiere que el pacto de permanencia «no sea abusivo», y respete unos parámetros mínimos de «proporcionalidad» y «equilibrio de intereses»; tres exigencias que en realidad se pueden refundir en una sola: que el pacto de permanencia tenga su origen en una «**causa justa**». De tal forma, si falta esta nota, el pacto de permanencia sería nulo, por abusivo⁴³. Se intenta con ello hacer hincapié en el elemento finalista del pacto de permanencia

42 Al respecto, cfr. La STSJ de La Rioja, (Sala de lo social) de 8 de junio de 2004 (JUR 2004/208750), en relación con un programador informático.

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

—en el que verdaderamente radica la justificación del citado compromiso—, y que queda insuficientemente atendido con el escueto requerimiento legal de que la formación recibida debe ser «necesaria para poner en marcha proyectos determinados o prestar un trabajo específico».

En el momento en el que se advierte que existen otras situaciones fácticas no calificadas expresamente como «pactos de permanencia» en las que se puede intuir que concurre la misma finalidad, se ha de admitir también sin reservas que unas otras deben quedar afectadas por los mismos requisitos de validez. Y es que la irrelevancia del *nomen iuris* adopta infinitas formas, entre las cuales pueden figurar ciertos complementos retributivos o medidas de acción social a cargo de la empresa en los que se aprecia claramente que la vinculación del trabajador con su empresa constituye su objetivo principal. Es por tanto, la interpretación sistemática del Código Civil y del ET la que ayuda a perfilar el verdadero alcance del «pacto de permanencia» cuando se concierta entre un trabajador por cuenta ajena y su empresa. Ponderando estos factores se intenta determinar si el pacto de permanencia ha supuesto un abuso de derecho en perjuicio del trabajador dependiente y si se han respetado escrupulosamente las exigencias de proporcionalidad y equilibrio de intereses entre los contratantes que deben regir todo contrato. En caso contrario, si las circunstancias del caso demuestran que no existe una causa justa que inspire el pacto de permanencia, dicha previsión contractual carecerá de validez al faltar uno de sus elementos esenciales, aunque no se trate de uno de los requisitos expresamente enumerados en el art. 21.4 ET, sino de una exigencia añadida por la jurisprudencia. Y es que, si no se han establecido obligaciones equitativas para ambas partes no puede surtir efectos una previsión contractual que en realidad está encubriendo una renuncia anticipada de derechos (prohibida por el art. 3.5 ET) —en este caso, una renuncia al libre desistimiento que permite el art. 49.1.d ET— y por tanto, un abuso de derecho por parte de la empresa en los términos del art. 7.2 del Código Civil⁴⁴.

Con ello, una vez más, asistimos a un proceso de adaptación del Derecho a las nuevas demandas sociales de protección. En definitiva, a lo largo de éstas líneas se han expuesto las aportaciones jurisprudenciales más novedosas y llamativas en lo

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

que respecta a la aplicación práctica del art. 21.4 ET, que define y regula en el ámbito laboral el «pacto de permanencia en la empresa»:

En los años que llevamos transcurridos del siglo XXI, comienzan a descubrirse modalidades *sui géneris* del «pacto de permanencia en la empresa» que hasta ahora pasaban desapercibidas y a valorarse ciertos datos como nuevos indicios de laboralidad que antes se consideraban rasgos neutros. Y es entonces cuando se empieza a desconfiar de ciertos complementos retributivos variables en los que subyace la intención de fidelizar al trabajar con la empresa y mantenerlo en ella durante cierto periodo de tiempo. Si esto es así, constituye un razonamiento lógico exigirle a tales previsiones contractuales los mismos requisitos legales que condicionan la validez de los pactos de permanencia, pues unos y otros, expresa o tácitamente, comparten idéntico objetivo.