

Retribución variable y los indicadores financieros como criterio para su determinación

Variable remuneration and financial indicators as criteria for its determination

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Carlos III de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-6301-6788>

NEREA TORRONTGUEI AYO

Abogada de Uría Menéndez

Cita sugerida: MERCADER UGUINA, J.R. y TORRONTGUEI AYO, N. "Retribución variable y los indicadores financieros como criterio para su determinación". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 1 (2021): 95-107.*

Resumen

El presente artículo analiza la configuración de la retribución variable ligada a la rentabilidad, más concretamente, a algunos de los indicadores financieros más utilizados en los últimos años para medir la rentabilidad operativa de las empresas, como son el EBIT, EBITDA y el Flujo de Caja Libre. A tal fin, se aborda como cuestión previa los principios que rigen el establecimiento de los sistemas de retribución variable, para acto seguido ahondar en las particularidades de las fórmulas de retribución variables ligadas al beneficio empresarial.

Abstract

This article analyses the configuration of variable remuneration linked to profitability, more specifically, to some of the most commonly used financial indicators of recent years to measure the operating profitability of companies, such as EBIT, EBITDA and Free Cash Flow. To this end, the principles that govern the establishment of variable remuneration systems are addressed as a preliminary question, to then delve into the particularities of the variable remuneration formulas linked to business profit.

Palabras clave

Bonus; retribución variable; principios; transparencia; objetividad; EBIT; EBITDA; *Cash Flow*; rentabilidad

Keywords

Bonus; variable retribution; principles; transparency; objectivity; EBIT; EBITDA; Cash Flow; cost effectiveness

1. INTRODUCCIÓN. LA PROGRESIVA IMPLANTACIÓN DE SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE

La retribución vinculada a los objetivos de la empresa es una fórmula salarial que tiene su origen en el mundo empresarial anglosajón y que cada vez está más afianzada en España. La era del fijismo ha pasado y cada vez son más las empresas que buscan sistemas retributivos y de gestión que motiven a las personas para conseguir una mayor productividad.

La actual economía, predominantemente basada en los servicios, ha obligado a reformular los sistemas de retribución adaptándolos a nuestra cambiante realidad económica. Así, aunque antaño estos sistemas se solían vincular al exclusivo rendimiento del trabajador, el cambio de los modelos de organización empresarial que han dejado de ser estrictamente industrialistas, han motivado que se dé un nuevo enfoque a las fórmulas de remuneración variable.

Sin embargo, en esta materia, parece que, parafraseando el adagio italiano, “*piano piano non si va lontano*”, lo que explica que la incorporación en nuestros convenios colectivos de este tipo de fórmulas, aunque se encuentra progresivamente en auge, su velocidad de crecimiento es relativamente lenta. Es hoy por hoy, en suma, una más de las múltiples asignaturas pendientes de nuestro sistema de relaciones laborales.

Algunos estudios han señalado que la parte fija del salario supone la parte sustancial de la retribución que reciben los trabajadores españoles; por ello, un paseo por los convenios colectivos de nuestro país y, si se nos apura, por las investigaciones en esta materia, nos muestra un panorama en el que lo variable sigue teniendo un valor relativamente residual. El «confort» que proporcionan los modelos conocidos y, sobre todo, la garantía de estabilidad permanente de las retribuciones al margen de cuál sea el contexto económico, han contribuido a un proceso de consolidación y languidecimiento de nuestra estructura salarial¹.

Por todo ello, resulta necesario seguir reflexionando sobre los modelos de retribución en los que la referencia es la productividad constituye un factor determinante, pues a fin de cuentas no deja de ser el resultado del buen desempeño de todas las personas que forman parte de la organización.

2. EL CONCEPTO DE *BONUS* Y FUENTE CREADORA

El *bonus* se ha convertido, en la práctica de nuestras relaciones laborales, en un supraconcepto jurídico que engloba cualesquiera fórmulas de retribución que introduzcan un factor variable en su consecución. Es este el plus retributivo que en la terrible dicotomía entre fijo y variable se ocupa de esta segunda dimensión. Representativa de esta idea es la implícita asimilación que se realiza entre salario variable y *bonus*, identidad que llega a la confusión entre el género y la especie.

Sin embargo, la realidad es que en nuestro ordenamiento jurídico el término “bonus” no aparece definido. De hecho, ni siquiera se menciona como tal. Al no existir reglas legales de derecho necesario respecto a esta clase de retribuciones han sido nuestros Tribunales y la doctrina científica quienes han intentado definirlo. En este sentido, es elocuente la definición que incorpora la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de junio de 2020 (Rº 112/2020) que expresamente lo define como:

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

A propósito de la fuente de creación de esta fórmula retributiva, la misma ha sido, en unos casos, la unilateral voluntad empresarial y, en otros, los pactos suscritos entre empresa y trabajador.

No sorprende por ello, como señala la anteriormente referida sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en reproducción de su propia doctrina, que:

“En ausencia de regulación legal de la retribución variable, hay que estar a lo que las partes hayan pactado en cada caso y, en su ausencia la regulación que se haya podido establecer por convenio colectivo (STSJ Madrid de 14-12-2009, nº 825/2009, rec. 4622/2009).”

¹ Para un estudio más detenido, nos remitimos a los trabajos monográficos de J.R. MERCADER UGUINA, *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1996; *Salario y crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, así como al más reciente, “Flexiseguridad y salario”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2018, nº extraordinario, pp. 197-219. De enorme interés son los de A. MATORRAS, “La retribución variable: su potencial flexibilizador”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, nº 169, pp. 113-156 y “Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2016, nº 5, pp. 21-61.

3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE Y SUS MANIFESTACIONES

A pesar de que como se ha anticipado el origen del *bonus* se encuentra en el ámbito anglosajón, donde existe una gran libertad a la hora de desarrollar esta forma de retribución variable, en España la configuración de los sistemas de retribución variable se somete a una serie de principios, que podríamos catalogar como “principio de objetividad” y “principio de transparencia”².

El principio de objetividad se encontraría dotado de distintas dimensiones o elementos que se proyectarían sobre las exigencias vinculadas con el propio diseño de todo modelo de retribución variable. Es decir, requeriría que se cumpliera con las exigencias de (i) idoneidad, (ii) reciprocidad de intereses, (iii) objetividad en la determinación de los criterios de variabilidad, (iv) proporcionalidad en el devengo y (v) reparto mancomunado.

Por su parte, el principio de transparencia pivota sobre el conocimiento y aceptación por parte del trabajador de los sistemas de retribución variable.

3.1. La exigencia de idoneidad del sistema de retribución variable

El hecho de que la legislación española no exija que la fijación de la política de retribución variable sea negociada con la parte social, no puede confundirse con que el empresario tenga carta blanca para fijar los objetivos.

Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 (R° 140/2013), el establecimiento de las condiciones retributivas variables no escapa al juicio de idoneidad. De este modo, el citado pronunciamiento establece un primer criterio de control: la idoneidad del sistema de retribución variable. Tal criterio se materializa en la prohibición de retribuciones variables que incorporen objetivos que no pudieran conseguirse o fueran inalcanzables por los trabajadores afectados, o que se hayan fijado de modo irrazonable, inidóneo, arbitrario, desproporcionado o con vulneración de la dignidad o de los derechos fundamentales de los afectados. Este criterio jurisprudencial se encuentra directamente vinculado con el artículo 1116 del Código Civil que establece que “[l]as condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa”.

En cualquier caso, la imposibilidad tiene que ser en el momento en el que se fije el objetivo. Si las circunstancias del trabajador, del mercado o de la empresa hacen imposible alcanzar el objetivo con posterioridad, nos encontraremos ante un incumplimiento de la condición de cuyo cumplimiento dependía el devengo de la retribución variable, pero no ante la aplicación del artículo 1116 del Código Civil.

Por ello, los sistemas retributivos que imponen condiciones de imposible consecución y/o que se encuentran fuera del sentido común quedan excluidos.

3.2. El respeto a la reciprocidad de intereses

Como ha señalado MATORRAS, lo singular de las fórmulas de retribución variable es que a través de las mismas “*se articula una traslación, necesariamente moderada, del riesgo empresarial en sede retributiva, configurándose una esfera de riesgo compartido*” pero “*su versatilidad es limitada, sin que puedan diseñarse, modificarse o retirarse libremente y a capricho o en función de la pura conveniencia o comodidad empresarial*”³. La interpretación judicial ha actuado, por ello,

² Para un estudio de conjunto sobre la proyección de los principios laborales en la retribución variable y más en particular sobre los concretos principios aplicables a ésta, J.R. MERCADER UGUINA, “Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2016, nº 5, pp. 62-90.

³ A. MATORRAS, “La retribución variable: su potencial flexibilizador”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* cit.

como muro de contención de los excesos empresariales que se han producido en esta materia. Ciertamente, la determinación de estos sistemas de retribución, bien por vía de la autonomía individual, bien a través de la unilateral decisión empresarial, ha servido para extender el terreno de la discrecionalidad empresarial, lo que ha obligado a nuestros tribunales a fijar sus límites y extensión.

Sobre la base del recurso al artículo 1256 del Código Civil en relación con su artículo 1115, se ha consolidado un cuerpo de doctrina que limita severamente las facultades empresariales en esta materia. Si bien es cierto que el citado artículo 1256 del Código Civil no es una norma en sentido técnico, sino un precepto general y abstracto que puede servir al juzgador para defender conceptos como la validez y el cumplimiento de los contratos, resultando más bien una norma general, un criterio de interpretación de los contratos, no lo es menos que la doctrina judicial a la que nos referimos lo ha convertido en un cuasi principio que limita el arbitrario actuar de una de las partes en el terreno contractual. Así las cosas, se ha terminado por configurar una técnica jurídica que evita cualquier potencial abuso grave efectuado por una de las partes en la celebración o ejecución del contrato.

Por ello, se tienen que distinguir dos momentos en relación con el *bonus*. El primer momento sería propiamente el de la instauración o nacimiento de la retribución variable. Aunque resulta lógico que impere la voluntad empresarial y su fijación sea unilateral, este carácter no debe confundirse con un campo abonado a la arbitrariedad por parte del empleador a la hora de fijar los términos y condiciones de su efectividad, pues, una vez que aflora el mismo, se constituye en prestación y, por tanto, con efectos jurídicos dentro de las reglas fijadas para las obligaciones, las prestaciones recíprocas y, en términos generales, el contrato de trabajo.

Se objetivan los elementos del devengo, de manera que el trabajador debe conocer en todo momento cuáles son los parámetros, módulos o criterios específicos para percibir su retribución, sin que pueda ser arbitrariamente determinada desde entonces por el empresario, y de aquí el que sean exigibles todas las medidas y garantías para controlar la satisfacción del *bonus*, e igualmente el cumplimiento por parte del trabajador de los criterios establecidos para su satisfacción.

Los pronunciamientos habidos hasta la fecha han subrayado con claridad que se encuentran prohibidas aquellas cláusulas contractuales o situaciones de hecho en las que las condiciones de abono del *bonus* quedan condicionadas a la exclusiva decisión empresarial.

La regla general contenida en el artículo 1256 del Código Civil aparece particularizada, cuando de condiciones se trata, en el artículo 1115 del Código Civil, que sanciona la nulidad de la obligación sujeta a una condición cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor. La propia literalidad de ambas normas -“arbitrio” en un caso, “exclusiva voluntad” en otro-, unida a la gravedad de las sanciones, ha dado lugar a una interpretación restrictiva de las mismas y la habitual distinción entre la condición rigurosamente potestativa, basada en la pura arbitrariedad, y la simplemente potestativa, en la que han de valorarse otros intereses. Aunque en el orden civil raramente se aprecia la existencia de las primeras, lo cierto es que la jurisprudencia social ha utilizado en numerosas ocasiones el recurso a este instrumento para limitar las facultades empresariales en esta materia.

A los anteriores argumentos cabe unir la doctrina constante del Tribunal Supremo según la cual el pacto de incentivos sujeta a la exclusiva voluntad del empleador no es válido y, en todo caso, deber ser interpretado en el sentido más adecuado para que produzca efectos, puesto que es al empleador a quien le correspondía fijar unos objetivos que nunca llegó a establecer. Dicha doctrina puede hallarse, entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2007 (Rº 616/2007) que declara:

“[C]uando los objetivos de los que dependía la percepción del complemento no se conoce si eran los que había de alcanzar cada trabajador o los objetivos fijados para la empresa en su conjunto,

permite interpretar la realidad de un contrato con un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes contrariando lo prohibido por el art. 1256 del Código Civil, y por lo tanto, de un pacto de incentivos realmente no condicionado, y por lo tanto exigible en la cuantía prometida. En cualquier caso, como señala el recurrente, se trata de un pacto que, ante su falta de claridad y su falta de desarrollo posterior por no haberlo ni siquiera intentado la empresa, no pueden sino interpretarse en el sentido más adecuado para que los mismos puedan causar efecto -art. 1284 CC- y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa -art. 1288 CC-.”

Un ejemplo reciente lo proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2021 (R° 127/2019) que versa sobre la controversia entre las partes en torno a una de las partidas que integraban la retribución variable por objetivos de la mayoría de la plantilla de la empresa: la denominada “EU Financiar Target”, ligada a los objetivos del grupo a nivel europeo y que suponía el 50% de la retribución variable. El Tribunal Supremo aplica su doctrina tradicional y considera que el concepto variable debatido “está sujeto a parámetros o cánones que ni las personas trabajadoras afectadas, ni sus representantes conocen y que da como resultado un importe cero con la sola justificación de que no se han cumplido los desconocidos elementos sobre los que se configura”. Se añade a lo anterior que la empresa no ha negado en ningún momento la obligación salarial concretada en el plus controvertido y se limita a defender que la concreción de la misma quede sujeta exclusivamente a circunstancias que sólo ella conoce. La Sala procede a rechazar que esa parte del salario quede a expensas de decisiones unilaterales de la empresa sobre las que no es posible ningún control de adecuación o razonabilidad. Y ello aun cuando la configuración del *bonus* admita que el absoluto incumplimiento de los objetivos provoque que el mismo no sea abonado en cuantía alguna. De modo que “la falta de determinación de los elementos que permiten la percepción del *bonus* imposibilita(a) examinar la acomodación a derecho de la decisión empresarial. Imposibilidad acrecentada en este caso por el hecho de que la empresa no justifica en modo alguno su afirmación de que los objetivos no se habían alcanzado, siendo a ella a la que correspondía la carga de probar la realidad del hecho impeditivo de la obligación reclamada”.

A la luz de la doctrina jurisprudencial anterior que se ampara en las normas de interpretación de los contratos, ninguna duda cabe de que quien establece la oscuridad de una cláusula no debe salir favorecido de ella, de tal forma que si el empresario de manera voluntaria o involuntaria no concreta los términos de la política de retribución variable, recaerá sobre el mismo dicha responsabilidad sin generar ningún perjuicio al trabajador.

3.3. La objetividad de los criterios de determinación

La objetividad en el establecimiento de los sistemas de retribución variable ha sido declarado por la doctrina judicial, debiendo destacarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 7 de octubre de 2008, (R° 1772/2008) que declara en su Fundamento de Derecho Segundo que:

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

3.4. proporcionalidad en el devengo

La regla de la proporcionalidad aparece con especial intensidad en el momento en que, extinguido el contrato, resulta necesario valorar en qué medida queda afectado el derecho al percibo del *bonus*. La tipología de situaciones resulta, en estos casos, muy amplia por lo que resulta imprescindible valorar las concretas causas concurrentes para desde las mismas valorar los posibles efectos siendo, en todo caso, diferente si la extinción tiene lugar una vez cumplidos los objetivos pero antes del momento de su abono, o bien si se produce incluso antes de alcanzarse el cumplimiento de los objetivos fijados. Varios pronunciamientos recientes ilustran sobre estas situaciones.

Así la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2020 (R° 3624/17), interpretó en el caso del despido disciplinario de un trabajador, que la cláusula contenida en un acuerdo de empresa que establecía que la retribución variable solo se devengará si el trabajador estaba dado de alta a 31 de diciembre, resultaba una condición claramente abusiva porque dejaba el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes, ya que si la empresa despidiera al trabajador antes de esta fecha, aunque hubiera cumplido el resto de requisitos, no se le abonaría la retribución variable. Además, el trabajo ya había sido realizado y los objetivos se habían cumplido, sin que la empresa los retribuyera.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo 27 de marzo de 2019 (R° 1196/2017), reconoce el derecho del trabajador a percibir un *bonus* por cumplimiento de objetivos sometido a una condición de permanencia, cuando los objetivos se han cumplido, pero el trabajador es despedido por causas objetivas antes de la fecha de permanencia fijada por la empresa. El Tribunal Supremo considera que *"el derecho al bonus postulado, no solo cabe en los supuestos de despidos improcedentes por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1115, 1119 y 1256 CC, sino también en los supuestos de despidos objetivos, pues aun existiendo motivos que justifiquen el despido, depende de la voluntad empresarial la opción por el despido y no por otra, por lo tanto nos encontramos ante decisión que es totalmente ajena a la voluntad del trabajador."*

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2020 (R° 285/2018), resuelve sobre la licitud de la cláusula pactada que exige que el trabajador continúe en la empresa hasta el final del periodo temporal de devengo del *bonus* (el fin del año natural) porque se calcula sobre la base de los objetivos alcanzados el 31 de diciembre de cada ejercicio, salvo que por causa ajena a la voluntad del empleado este no pueda continuar prestando servicios en la empresa en dicha fecha. A tal efecto prevé que en caso de fallecimiento o incapacidad permanente del trabajador se devengará este complemento. En el caso, es particularmente relevante que fue el demandante quién cesó voluntariamente en la empresa. El Tribunal Supremo considera lícita la cláusula: 1) Porque no deja el pago de la retribución variable en manos de la empresa (art. 1256 CC). Si el trabajador voluntariamente causa baja en la empresa, el texto literal del sistema de retribución variable acordado por la empresa con las secciones sindicales impide su abono. 2) o puede aplicarse la doctrina del enriquecimiento injusto porque la prestación de servicios laborales por el actor a favor de la demandada, percibiendo el salario pactado, tuvo su justificación en el acuerdo alcanzado por la empresa y las secciones sindicales, que preveía el abono de la correspondiente retribución salarial y condicionaba el devengo de la retribución variable a que el trabajador permaneciera en la empresa hasta la fecha final del periodo de devengo de dicha retribución 3) Se ha cumplido con lo establecido en el artículo 4.2.f) del Estatuto de los Trabajadores que garantiza al trabajador el derecho a percibir la retribución pactada durante la prestación de servicios, si bien no puede reclamarse un complemento salarial cuando se ha incumplido uno de los requisitos exigidos para su devengo, al no haberse acreditado que dicho requisito sea contrario a derecho.

3.5. La exigencia de información al trabajador

El "principio de transparencia" constituye un valor fundamental en el establecimiento de los planes, programas o reglamentaciones internas que incorporan sistemas de retribución variable. Se

trata además de un principio aplicable con carácter general por la Unión Europea, que establece que «todos los salarios deben fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales» (Recomendación de la Comisión 2017/761 apartado 6.b). En esta línea abunda la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que deroga, con efectos a partir del 1 de agosto de 2022, la Directiva 91/533/CE relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

En estos casos, el dominio empresarial sobre la creación de los sistemas ligados a resultados es claro. Debido a ello, numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, algunos de ellos emanados del propio Tribunal Supremo, han fijado límites estrictos al poder de configuración empresarial.

Las limitaciones a las que se encuentra sometido el poder unilateral del empresario han sido precisadas por la jurisprudencia, que ha venido a subrayar la necesidad de un expreso consentimiento del trabajador a la hora de incorporar a su acervo contractual este tipo de sistemas.

Paradigmática es, en esta dirección, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2008 (R^o 582/2008). En el supuesto enjuiciado, existía en la empresa una normativa interna conocida por todos los empleados y también por el actor, referente a la retribución variable donde se detallaban sus objetivos, contenido y sistema de devengo. No obstante, declara el Alto Tribunal que dichas circulares internas carecen de eficacia obligatoria *“cuando no se ha contado con el acuerdo de los trabajadores; debiendo distinguirse entre las normas empresariales en orden a la organización de la empresa, como instrumento de dirección y control, que tienen validez para obligar a los trabajadores, de aquellas que exceden de tales facultades, como es el cumplimiento del pago del salario pactado, cuyo pago no puede obviarse por medio de una declaración unilateral de voluntad de la empresa”*.

Correlato natural de esta línea interpretativa es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 24 de marzo de 2011 (R^o 3231/2010), en la que, precisamente, el conocimiento y aceptación por el trabajador de las condiciones del *bonus* se convierten en presupuestos de su validez.

4. INDICADORES FINANCIEROS COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE: CLAROS Y OSCUROS

No incurriríamos en ninguna incongruencia al afirmar que las fórmulas de retribución variable que tienen cabida en las relaciones laborales son prácticamente infinitas y heterogéneas. A decir verdad, en el ámbito del salario variable la fórmula del mismo “café para todos” es un modelo que difícilmente podría encajar dadas las particularidades de cada compañía.

En la actualidad, las empresas suelen atender a criterios tan variados como el cumplimiento de objetivos, el desempeño del trabajador y la rentabilidad de la compañía. En las páginas siguientes analizaremos este último supuesto, véase, el salario variable vinculado a la productividad de la empresa con la finalidad de poner de manifiesto las luces y sombras de dicho modelo que cada vez está más en auge en el ámbito empresarial.

4.1. Definición

Aunque no existe una definición universal de la variable “rentabilidad”, e incluso en ocasiones se puede llegar a confundir con la productividad, a los efectos de este artículo y de manera simplificada lo definiremos como la relación existente entre el resultado o beneficio de una empresa y su capital⁴.

⁴ M. DOMÍNGUEZ CANEDA, *Dirección Financiera*, Málaga, Vértice, 2011, p. 60.

4.2. Medidas alternativas de rendimiento más utilizadas

De algún tiempo a esta parte se ha venido generalizando el vincular el salario variable al resultado de distintas magnitudes económico-financieras de las empresas que no forman parte de su contabilidad oficial, sino de su contabilidad analítica.

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

Sin embargo, las Medidas Alternativas de Rendimiento, en inglés *Alternative Performance Measures*, (en adelante “APMs”) utilizadas en la contabilidad analítica, además de no ser obligatorias, son definidas por cada empresa, en función de los objetivos y/o información que se desea obtener. A este respecto, la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) en su informe publicado el 20 de diciembre de 2019⁵, que contiene unas directrices sobre las APMs, declaró que las APMs son diferentes en cada empresa, toda vez que han sido definidas por ellas mismas puesto que su finalidad es poder facilitar el control y el análisis de la evolución de cada empresa.

Consecuentemente, cada empresa define sus APMs en función del sector en el que opere, la información que quiera obtener y los elementos que la dirección de la empresa considere necesarios tener en cuenta para valorar la evolución del negocio (siendo diferentes los criterios y prioridades en cada empresa).

De este modo lo puso igualmente de manifiesto la Comisión de Principios y Normas de Contabilidad de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (la “AECA”) en su opinión nº 4 emitida en el mes de diciembre de 2016, donde se abordó el “Concepto y uso del EBITDA como recursos generados en la explotación”. En particular, declaró que “[c]omo el RBE o EBITDA no viene definido, por lo general, en los marcos de información financiera utilizados por las entidades, estas deben construirlos por sí mismas cuando los presentan o utilizan para describir o analizar el rendimiento”.

Por tanto, no existe una regulación para las APMs ni una forma concreta y/o única de determinarlos. El único requisito que se exige, de conformidad con la ESMA y la AECA, es que si se establecen APMs estas tienen que estar perfectamente definidas para que pueda comprenderse y no genere confusión, lo cual se relaciona con el principio de transparencia anteriormente mencionado.

Pues bien, entre las APMs más utilizadas en las políticas de retribución variable se encuentran (i) el EBITDA, (ii) el EBIT, (iii) el EBIT y EBITDA ajustados en atención a distintos parámetros y (iv) el Flujo de Caja Libre.

▪ EBITDA

El EBITDA es el acrónimo inglés de *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciations and Amortizations* (Beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), que se corresponde con la magnitud contable «Resultado Bruto de Explotación» y que se obtiene sumando las amortizaciones y provisiones al EBIT o Resultado de explotación.

En términos generales se trata de una medida que informa sobre la capacidad de una compañía para generar beneficios considerando únicamente su actividad productiva. Constituye, en esencia, una medida de carácter económico muy utilizada en los últimos

⁵ European Securities and Markets Authority: *Report on the use of Alternative Performance Measures and on the compliance with ESMA’s APM Guidelines*. Disponible en: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma32-334-150_report_on_the_thematic_study_on_application_of_apm_guidelines.pdf

años para medir la rentabilidad operativa de la empresa, que se calcula a partir de cifras que constan en la cuenta de pérdidas y ganancias (o de resultados).

Entre los convenios colectivos que vinculan el devengo de la retribución variable al EBITDA cabe destacar el del Grupo VIPS y el del Grupo Zena, S.L.

El IV Convenio colectivo del grupo VIPS (BOE núm. 219, de 14 de agosto de 2020) y el IV Convenio colectivo del Grupo Zena, SL (BOE núm. 212, de 6 de agosto de 2020) que regulan en su artículo 26.III.b) la retribución variable, la adecúan a la situación económica del Grupo Alsea y a tal efecto establecen que:

“A partir del 1 de enero de 2019, y a fin de adecuar el tratamiento de los salarios a la situación económica efectiva del Grupo, se asume el compromiso de abonar en una paga única y no consolidable, a los colaboradores de los Grupos Profesionales IV y III, las siguientes cuantías en función del cumplimiento del EBITDA del Grupo Alsea señalado por la Dirección del Grupo. Así las cosas, y una vez alcanzado el final del ejercicio en cuestión, los/as empleados/as del Grupo percibirán en función del cumplimiento del EBITDA indicado las siguientes cuantías, en función del cumplimiento de los siguientes porcentajes de objetivo EBITDA fijado:

Cumplimiento de EBITDA Grupo: 0,2% de la RMG anual [...]”

▪ **EBIT**

El EBIT es el acrónimo inglés de *Earnings Before Interest and Taxes* (Beneficios antes de intereses e impuestos), que se corresponde con la magnitud contable «Resultado de Explotación» de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias.

Constituye un buen indicador para medir la capacidad de una empresa de obtener beneficios eliminando el efecto negativo tanto de los intereses (costes financieros) como de la carga fiscal (impuestos) asumidos por esta.

Por ello, se suele utilizar con bastante frecuencia en los planes de retribución variable de las empresas. A este respecto nos remitimos al Capítulo XIV del Convenio colectivo de World Duty Free Group, SA para los años 2017 a 2019 (BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2017) que regula una prima de objetivos vinculada al EBIT:

“Para cada uno de los años de vigencia del Convenio, con el fin de premiar la consecución de un resultado financiero positivo, se establece una prima de objetivos.

Una vez cerrado cada uno de los ejercicios y para el supuesto que, en cada uno de ellos, el resultado operativo (EBIT) del negocio minorista («Retail») en España, de la sociedad World Duty Free Group S.A sea superior al 5% respecto del obtenido en el año anterior, se establece una prima en la cuantía de 200 euros lineales. Esta prima se incrementará en 15 euros por cada punto de más superado dicho 5% hasta un tope del 25% con una cuantía máxima de 500 euros. La cuantía final a percibir será abonada en el mes siguiente al del cierre de cada uno de los ejercicios.

El abono de la prima se efectuará en proporción al tiempo trabajado y a la jornada del trabajador, y no tendrá carácter consolidable.”

▪ **EBIT y EBITDA ajustados**

Partiendo de la premisa anteriormente indicada de que las APMs– entre los que se incluyen el EBIT y el EBITDA– no forman parte de la contabilidad oficial de las empresas, sino de su contabilidad analítica y, por consiguiente, tienen que ser diseñadas

por ellas mismas cuando lo utilizan como parámetro de la retribución variable, suele ser habitual que en las políticas de retribución variable se incluyan ajustes en el EBIT o el EBITDA, como por ejemplo: (i) gastos de reestructuración; (ii) remuneraciones extraordinarias; (iii) ingresos de seguros por siniestros; (iv) operaciones de venta fuera del curso habitual del negocio, (v) gastos extraordinarios, etc. La introducción de esos ajustes significa que se excluyen para el cálculo de las APMs por lo que el valor será superior al no contabilizarlos.

Cuando esto sucede lo determinante es que los trabajadores sean informados del alcance de los ajustes.

Precisamente, tal y como se declara probado en el Hecho Sexto de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, nº 167/2021, de 13 de julio de 2021, en la política de retribución variable de SIEMENS GAMESA RENEWABLE ENERGY, S.A. para el año fiscal 2018 uno de los objetivos de cuyo devengo dependía el salario variable era el “EBIT antes de PPA”, esto es, el ajuste del EBIT era el “PPA” que se correspondía con la amortización del valor razonable de los activos intangibles procedentes de la asignación del precio de compra (PPA, por sus siglas en inglés). Respecto de la citada magnitud se les informó a los trabajadores que:

“EBIT antes de PPA.

El EBIT es el ingreso de las operaciones continuas antes de impuestos sobre la renta menos los ingresos (gastos) financieros. Ingresos/pérdidas antes de impuestos es un subtotal que muestra el saldo de la ganancia bruta, otros costos funcionales, otros ingresos y gastos de operación, los ingresos financieros netos y los ingresos netos de las inversiones contabilizadas con arreglo al método de la participación.

Este subtotal es la cifra relativa a operaciones continuas en las que los ingresos/pérdidas de las operaciones discontinuadas deben notificarse por separado.

El EBIT antes del PPA es el EBIT definido anteriormente, excluyendo la amortización del valor razonable de los intangibles procedentes de la asignación del precio de compra.

El logro del objetivo se calcula como una línea recta entre el 0%, 100% y 200%. (513 millones de euros=0%; 694 millones de euros=100%, 874 millones de euros =200%). Detalles del objetivo: Peso 30%; objetivo 100%: 694 M€”

▪ **Flujo de Caja Libre o *Free Cash Flow***

El Flujo de Caja Libre «representa el flujo de caja disponible para hacer frente a la remuneración (y reembolso) de la deuda y para remunerar los recursos propios, una vez deducidas las necesidades de inversión tanto en activo fijo como en activo circulante⁶. Es decir, se trata del flujo de caja neto que queda a disposición de la empresa tras haber descontado los flujos por inversiones realizadas.

En lo relativo a la negociación colectiva, el Convenio colectivo de Norte Forestal, SA (BOE núm. 264, de 6 de octubre de 2020) regula en su artículo 30 un sistema de retribución variable vinculado al *cash flow* de Ence Energía y Celulosa S.A y sociedades

⁶ I. AGUIAR DÍAZ (Coord.), “La valoración de empresas”, en *Finanzas Corporativas en la Práctica*, Madrid, Delta Publicaciones, 2006, p. 71

dependientes, una vez deducidos los impuestos correspondientes. y pagadero una vez auditados los estados financieros del Ence Energía y Celulosa S.A y sociedades dependientes. Asimismo, para garantizar la exactitud de los resultados se exige que los auditores emitan los correspondientes informes/certificados.

Extramuros del derecho del trabajo, esta magnitud económico-financiera tiene un peso del 20% en la retribución variable para el período 2021 a 2023 de los Consejeros Ejecutivos de Indra Sistemas, S.A. (“INDRA”) según se explica en la Política de Remuneraciones de los Consejeros de INDRA para los ejercicios sociales 2021, 2022 y 2023⁷. En dicha política además se define de manera clara el Flujo de Caja Libre, como exige la ESMA:

“Flujo de Caja Libre se define como los fondos generados por la Sociedad antes de los pagos de dividendos, inversiones financieras netas y otros importes asimilables, e inversión en autocartera. Se calcula a partir del “Resultado Antes de Impuestos” del estado de flujos de tesorería consolidado, ajustado por las amortizaciones, subvenciones y provisiones, los resultados de empresas asociadas y otras participadas, y los resultados financieros. A este resultado se le añaden los dividendos cobrados, la tesorería procedente de las actividades operativas, el capex, el resultado financiero pagado, la variación de otros pasivos financieros y el impuesto de sociedades pagado. Esta cifra podría excluir la salida de caja por determinados impactos puntuales y extraordinarios entre los que cabe mencionar a título enunciativo, no exhaustivo: ajustes de plantilla, write offs, sanciones sobrevenidas, saneamientos de proyectos, y similares.”

4.3. Errores interpretativos frecuentes derivados de la utilización de APMs como indicadores de referencia en la retribución variable

En el apartado anterior se ha explicado cuál es la particularidad de las APMs, véase, que no están sujetas a ninguna normativa ni forma de cálculo específico, sino que son definidos por las empresas en función (i) del sector en el que operan y (ii) la información que la Dirección quiere tener en cuenta para valorar la evolución del negocio. Y, consiguientemente, para su utilización como indicador en la política de retribución variable aplicable a los trabajadores de la empresa, se les tiene que comunicar en qué consiste cada indicador y los objetivos a alcanzar.

Sin embargo, del mismo modo en que las compañías definen unas APMs para la política de retribución variable (i.e. el EBIT), cuando se elaboran las cuentas anuales, el informe de gestión u otros informes dirigidos al mercado, aquellas pueden identificar otras APMs (i.e. el EBITDA o EBIT ajustado). Ello se debe a que mientras la política de retribución variable tiene una trascendencia interna y es fruto de la relación jurídica existente entre la empresa y el trabajador, las comunicaciones que se hacen a los mercados se dirigen a terceros y, por tanto, puede ser del interés de la compañía incidir en unas magnitudes en vez de otras.

No puede entenderse, sin embargo, que el contenido de estos documentos dirigidos a terceros altere las bases de la política de retribución variable comunicada a los empleados.

Para evidenciar lo anterior se pueden tomar como ejemplo los Grupos Vips y Zena a los que nos hemos referido en el apartado 4.2. Según se ha explicado, en sus respectivos convenios colectivos se vincula el devengo de la retribución variable al EBITDA del Grupo Alsea. Sin embargo, en la información remitida a los mercados por el Grupo Alsea sobre sus resultados, además del EBITDA se identificaba el “EBITDA ajustado a nivel de tienda” cuyo importe es distinto al EBITDA “a secas”.

⁷ Disponible en https://www.indracompany.com/sites/default/files/politica_de_remuneraciones_3.pdf

De igual modo, en el caso de INDRA, para el ejercicio fiscal 2020 la retribución variable de los consejeros ejecutivos se hacía depender de la consecución de tres objetivos corporativos que tenían una ponderación total del 60%: *Cash Flow*, Ebit y Contratación. Empero, en sus Cuentas Anuales Consolidadas del ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2020 e Informe de Gestión también se cuantificaron el EBITDA y el Ebit residual, así como otros indicadores (deuda neta, cartera de pedidos, etc.).

Aunque la separación entre política de retribución variable, por un lado, e información remitida a los mercados, por otro, pueda parecer una obviedad, máxime si atendemos al principio de transparencia que rige la retribución variable, la complejidad técnica de la materia, unida a que en ocasiones el resultado de las APMs que se comuniquen a los mercados puedan ser más favorables que las APMs que conforman la propia política de retribución variable, ha motivado que en los últimos años este tema haya sido motivo de disputa entre la empresa y la parte social.

A este respecto nos remitimos a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2019 (Rº189/2018) que confirma la sentencia de la Audiencia Nacional nº 96/2018, de 11 de junio de 2018, que desestimó la demanda interpuesta por los sindicatos UGT, CC.OO y ELA contras las sociedades del Grupo Siemens Gamesa. Solicitaban los sindicatos demandantes que el objetivo corporativo “EBIT consolidado grupo” se cuantificara en atención al valor reportado en las Cuentas Anuales Consolidadas de Siemens Gamesa Renewable Energy, SA, esto es, el referido a la entidad resultante de la fusión entre Gamesa Corporación Tecnológica, S.A. (sociedad absorbente) y Siemens Wind Power (sociedad absorbida) en lugar del EBIT consolidado de las sociedades correspondientes a la antigua Gamesa Corporación Tecnológica, S.A. Se amparaban en que dicho valor fue el que se comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. No obstante, el Tribunal desestimó la pretensión de la parte actora con fundamento en que:

“[S]e declara probado que a principios de abril de 2017 se produjo la fusión por absorción entre Gamesa Corporación Tecnológica (sociedad absorbente) y Siemens Wind Power (sociedad absorbida), cuyo resultado fue la denominada Siemens Gamesa Renewable Energy SA. Respecto de la remuneración de los trabajadores de la empresa absorbente se dice que una parte es retribución variable, sujeta a cumplimiento de objetivos. Esta tiene un doble componente: a) objetivos de empresa (ponderan un 60% y se configura con tres componentes -EBIT consolidado del grupo con un 60%, Entrada de pedidos en 2017 de MW con un 30% y Sostenibilidad de la corporación con determinada puntuación en el DJ al que se le adjudica el 10%-) y b) objetivos de área o departamento (ponderan un 40%). [...]

los hechos probados no se han modificado y de ellos no se obtiene que la consecución de objetivos que ha calculado la empresa, en el periodo de 1 de enero de 2017 a 30 de septiembre de 2017, deba realizarse tomando los resultados de la empresa, considerada en el conjunto resultante de la fusión que es lo que se refiere la sentencia recurrida. Y siendo ello así, no es posible alterar el signo del fallo cuando todo lo que consta acreditado, como bien expone la sentencia recurrida y aquí se mantiene inmodificado, es que los objetivos, aunque fueron fijados por la empresa que resultó de la fusión, y antes de formalizarse la misma, se configuraron sobre los datos de GAMESA por lo que, partiendo de esta premisa, lo que pretenden los actores es alterar ese criterio cuando para el periodo de referencia quieren sustituir ese parámetro de fijación de los objetivos.” (Fundamento de Derecho Segundo).

En conclusión, para poder analizar y valorar el nivel de cumplimiento de las APMs de las que depende el devengo de la retribución variable, simplemente se debe atender a la definición dada por la empresa a la hora de diseñar el modelo de retribución o a los términos estrictamente pactados si fuera el caso, dejando al margen cualquier otra magnitud económico-financiera que se hubiera podido incluir en la documentación contable. Una interpretación en sentido contrario se opondría frontalmente a los principios rectores de la retribución variable que han sido objeto de análisis a lo largo del estudio.

5. CONCLUSIONES

La nueva realidad digital impone más, si cabe, un progresivo acercamiento a la productividad de las empresas y, paralelamente, un relanzamiento del componente variable de la retribución vinculado a una nueva, también, gestión del rendimiento. Este binomio busca dotar de una menor rigidez a las políticas retributivas, al permitir una adaptación dinámica de lo salarial a las cambiantes situaciones económicas de las empresas, garantizando, así, una gestión más flexible de los recursos humanos, coherente con las nuevas necesidades productivas, organizativas y económicas. Resulta incuestionable que ligar los incrementos salariales que pueden percibir los trabajadores con los resultados obtenidos por las empresas constituye un factor esencial de las modernas relaciones laborales.

De hecho, esta práctica empresarial, extendida hasta ahora en los niveles de la alta dirección y los miembros de los consejos de administración, se proyecta cada vez con más intensidad más allá de este marco, sirviendo las APMs no solo para la determinación de los parámetros de referencia para fijar los términos del devengo de bonus y otras formas de retribución variable, sino también para vincular a ellas las revisiones salariales de la plantilla. La complejidad técnica de estas APMs, que no forman parte de la contabilidad oficial de las empresas sino de su contabilidad analítica, es significativa lo que obliga a que las empresas realicen un esfuerzo para su precisa definición y a que informen de su alcance y contenido a los trabajadores para cumplir así con el principio fundamental de transparencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DÍAZ, I. (Coord.) “La valoración de empresas”, en *Finanzas Corporativas en la Práctica*, Madrid, Delta Publicaciones, 2006.
- DOMÍNGUEZ CANEDA, M.: *Dirección Financiera*, Málaga, Vértice, 2011.
- European Securities and Markets Authority: *Report on the use of Alternative Performance Measures and on the compliance with ESMA's APM Guidelines*. Disponible en: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma32-334-150_report_on_the_thematic_study_on_application_of_apm_guidelines.pdf
- MATORRAS, A.: “Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2016, nº 5.
- MATORRAS, A.: “La retribución variable: su potencial flexibilizador”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, nº 169.
- MERCADER UGUINA, J. R.: “Flexiseguridad y salario”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2018, nº extraordinario.
- MERCADER UGUINA, J. R.: “Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2016, nº 5.
- MERCADER UGUINA, J. R.: *Salario y crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1996.