

DL

Documentación Laboral

Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Nº 108 - Año 2016 - Vol. III

Edita: Ediciones Cinca

Problemas actuales del régimen de la retribución en España. Evolución reciente en Portugal y Rumanía

PRESENTACIÓN

Ricardo Esteban Legarreta

La problemática existente en la retribución
del periodo de vacaciones,

Olaya Martín Rodríguez

La retribución de los deportistas profesionales,
con especial referencia a los futbolistas,

Alexandre Pazos Pérez

Los puntos críticos de las stock options
como fórmula retributiva de participación
de los trabajadores en la empresa,

Djamil Tony Kahale Carrillo

La protección constitucional del salario
en Portugal: una perspectiva,

David Carvalho Martins y Joana Neto Mestre

Problemas interpretativos del Bonus
salarial:

Duración del plan de retribución variable,
fijación de los objetivos a cumplir y cálculo
de salario regulador en la indemnización por
despido,

Adrián Todolí Signes

El salario in Rumanía – the facts behind
the myths,

Felicia Rosioru



Problemas actuales del régimen de la retribución en España. Evolución reciente en Portugal y Rumanía.

Índice

Presentación, <i>Ricardo Esteban Legarreta</i>	3
ESTUDIOS	
La problemática existente en la retribución del periodo de vacaciones, <i>Olaya Martín Rodríguez</i>	11
Los puntos críticos de las <i>stock options</i> como fórmula retributiva de participación de los trabajadores en la empresa, <i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	33
Problemas interpretativos del Bonus salarial: Duración del plan de retribución variable, fijación de los objetivos a cumplir y cálculo de salario regulador en la indemnización por despido, <i>Adrián Todolí Signes</i>	57
La retribución de los deportistas profesionales, con especial refe- rencia a los futbolistas, <i>Alexandre Pazos Pérez</i>	81
La protección constitucional del salario en Portugal: una perspectiva, <i>David Carvalho Martins y Joana Neto Mestre</i>	109
El salario in Rumanía – the facts behind the myths, <i>Felicia Rosioru</i>	123

Documentación Laboral

Publicación periódica (Tres números al año)

Esta publicación se edita desde noviembre de 1981

Edita: **Ediciones Cinca, S. A.**

Precio número suelto:

25€ (IVA no incluido)

Precio número doble:

50€ (IVA no incluido)

Suscripción anual:

España: 60€ (IVA no incluido)

Extranjero: 104€ (IVA no incluido)

Fecha de publicación de este número: septiembre 2016

Distribución a librerías y suscripciones:

Ediciones Cinca, S. A.

General Ibáñez Íbero, núm. 5A

28003 Madrid

Teléfono: 91 553 22 72

grupoeditorial@edicionescinca.com

Producción editorial,

coordinación técnica e impresión:

Grupo Editorial Cinca, S. A.

General Ibáñez Íbero, núm. 5A

28003 Madrid

Depósito legal: M.38.180-1981

ISSN: 0211-8556

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley: Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La responsabilidad de las opiniones vertidas en los trabajos que publica *Documentación Laboral* incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinca, S. A. se identifique con los mismos.

D L

PRESENTACIÓN

Ricardo Esteban Legarreta

*Profesor titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona.*

*Secretario General de la Asociación Española
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

El número 108 de Documentación Laboral publica los artículos presentados a la tercera edición del Premio al Mejor Ensayo, que en su edición de 2016 se convocó bajo la temática de los “Problemas actuales del régimen de la retribución”. Como en otras ediciones, para esta convocatoria se propuso un tema clásico, formulado con la amplitud suficiente para favorecer la participación mediante artículos que siguiendo fielmente con la convocatoria, se centran en problemas específicos de actualidad. En este sentido, los cuatro primeros artículos son aportaciones cuya publicación fue aconsejada por el Jurado. A estos se añaden dos artículos de derecho extranjero, que aportan datos y reflexiones sobre el régimen jurídico del salario en Portugal y en Rumanía.

El número se inicia con el artículo de la profesora Olaya Martín Rodríguez, centrado en una cuestión práctica de notable recorrido; “La problemática existente en la retribución del periodo de vacaciones”. Se trata de un problema clásico derivado de la endémica falta de precisión en la legislación interna y europea y que ha otorgado protagonismo a diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en especial al Convenio número 132.

El artículo de Olaya Martín Rodríguez se ordena a partir de diversas casuísticas. La primera se centra en los supuestos faltos de regulación en la negociación colectiva, en los que el papel regulador del artículo 7.1 del Convenio OIT núm. 132 es clave. A estos efectos,

la aplicación del Convenio OIT núm. 132 lleva a la exclusión de los conceptos no salariales –salvo pacto individual– y a la lógica inclusión de los conceptos salariales promedidados. Subraya el artículo los problemas interpretativos que afectan a incentivos y primas a la productividad, las retribuciones vinculadas a resultados de la empresa y, en fin, a los complementos de puesto de trabajo, destacándose los criterios jurisprudenciales tenidos en cuenta para su consideración en el salario de vacaciones.

Asimismo, el artículo analiza los supuestos en que la negociación colectiva regula la retribución de las vacaciones. A estos efectos, se resalta el notable margen de maniobra que nuestra jurisprudencia otorga a la negociación colectiva, teniendo en cuenta que el Convenio OIT núm. 132 efectúa una abierta remisión a lo que establezca la legislación nacional en un sentido amplio. Ahora bien, la profesora Martín Rodríguez señala cómo otras voces han cuestionado esta lectura, recordando que dicho planteamiento compromete seriamente la percepción de la retribución media, que a la luz de una interpretación más estricta de los artículos 1 y 7 del Convenio núm. 132 OIT no sería derecho dispositivo.

En su tercer apartado, la autora lleva a cabo un análisis de la jurisprudencia del TJUE en materia de vacaciones, una jurisprudencia que a partir del artículo 7 de la Directiva 2003/88 ha consolidado el concepto de retribución ordinaria vinculada a los periodos de vacaciones, que incluya en general los conceptos retribuidos durante los periodos de actividad y, de manera especialmente significativa, las comisiones o conceptos análogos. Se señala cómo nos hallamos ante una jurisprudencia que sigue de cerca la lectura más *pro operario* del Convenio núm. 132 OIT y que ha inspirado algunas resoluciones de la Sala Social de la Audiencia Nacional.

La segunda aportación del número 108 de Documentación Laboral se centra en “Los puntos críticos de las *stock options* como fórmula retributiva de participación de los trabajadores en la empresa”, artículo en el que el profesor Djamil Kahale Carrillo aborda una figura ya clásica aunque no regulada por la Ley laboral. El profesor Kahale Carrillo desarrolla el artículo tomando como base dos grandes apartados.

El primero de ellos se centra en algunos de los ejes básicos de las *stock options* para lo que el estudio expone el proceso de creación de su concepto doctrinal y jurisprudencial, del que se deducen unas características básicas a partir de una opción de compra de acciones. Desde el punto de vista conceptual, es de particular interés el análisis de las diversas tipologías de sistemas retributivos vinculados a la cotización bursátil de la empleadora, para lo cual el profesor Kahale Carrillo se aproxima a modalidades matizadas de *stock options* en las que no siempre se produce la adquisición de la acción, como son, entre otras, las acciones sin voto, los derechos sobre la revalorización de la acción y las denominadas “acciones fantasmas”.

En el segundo bloque de su trabajo, el profesor Kahale Carrillo efectúa un análisis de la jurisprudencia y la doctrina judicial recaídas en esta materia, cuya importancia viene acrecentada por el silencio del artículo 26 del TRLET. Para ello, el estudio se adentra en

los argumentos que han llevado al Tribunal Supremo a la consideración de las *stock option* como salario en metálico. Asimismo, el artículo se aproxima a diversas cuestiones de interés en clave extintiva, siendo de particular interés el análisis de la consideración de las *stock option* en el cálculo de las indemnizaciones.

A continuación, el tercer artículo publicado, “Problemas interpretativos del *bonus* salarial” es obra del profesor Adrián Todolí Signes, y fue distinguido con el Premio al Mejor Ensayo de la AEDTSS en su edición de 2016. A partir de una exhaustiva revisión jurisprudencial, se analizan los principales aspectos del denominado *bonus* salarial, un complemento originado en contextos laborales angosajones que en España se ha consolidado en la dinámica salarial de muchas empresas. El estudio arranca destacando cómo el habitual origen del *bonus* salarial en la voluntad unilateral del empresario no impedirá su contractualización, lo que contribuirá a una mayor seguridad jurídica de los trabajadores. A continuación, el artículo se detiene en la delicada cuestión de la duración –temporal o indefinida– del derecho al *bonus*. Para ello, la voluntad empresarial será clave, de manera que salvo en supuestos de clara y rotunda vigencia anual, el *bonus* o sistema de retribución por objetivos debe interpretarse como contractualizado.

Más allá de la duración del *bonus*, el artículo se detiene en otra cuestión práctica clave: la solución a aquellas situaciones en las que no concurre una clara identificación de los objetivos. En el análisis, se parte de la distinción entre objetivos a establecer unilateralmente por parte del empresario y objetivos que deben ser objeto de pacto. En el primer caso, el profesor Todolí Signes sigue de cerca la jurisprudencia que establece un claro derecho de acceso al *bonus*, pronunciamientos que se fundamentan sólidamente en las reglas y principios de nuestro derecho de obligaciones y contratos. Bajo esta misma fundamentación y para los casos en que la fijación de los objetivos deba pactarse, el criterio del autor defiende la necesidad de un cuidadoso análisis que debe tener en cuenta la concurrencia de la buena fe contractual en el comportamiento de ambas partes.

El profesor Todolí Signes no evita abordar una de las cuestiones más polémicas en torno a la percepción del *bonus*, que no es otra que la exigencia de permanencia en la empresa para su cobro. También en este apartado, se efectúa una pormenorizada disección de los posibles supuestos problemáticos, en los que se analizan dos factores clave: a] la existencia de una exigencia de presencia en la empresa para su cobro, así como la diferenciación entre las causas de extinción y b] el comportamiento de empresario y trabajador. En fin, el artículo se cierra con diversas e interesantes reflexiones a propósito del *bonus* y su incidencia en la cuantía de las indemnizaciones por despido.

El último de los artículos presentados a la tercera edición del Premio al Mejor Ensayo, a cargo del profesor Alexandre Pazos Pérez tiene por objeto el análisis de “La retribución de los deportistas profesionales, con especial referencia a los futbolistas”. El artículo arranca con un análisis de los criterios seguidos por los tribunales para deslindar las relaciones laborales de deportistas con aquellas prestaciones de servicios que carecen de esta naturaleza, un ámbito en el que la forma o la regularidad de la retribución tiene una notable

incidencia como criterio de deslinde. Se trata de una serie de reflexiones que le permiten subrayar la frecuente utilización desviada del voluntariado con el fin de enmascarar contratos de trabajo y, por ende, retribuciones salariales. Asimismo, el profesor Pazos Pérez lleva a cabo un exhaustivo tratamiento de las percepciones salariales, destacándose en primer lugar el papel regulador del contrato de trabajo y del convenio colectivo, lo que conduce a un análisis de complementos salariales, un ámbito en el que convive el salario base o las primas por resultados –ascensos, primas por número de tantos, trofeos u otros– con complementos salariales más específicos en ámbitos deportivos como las primas de fichaje o las retribuciones por la cesión de los derechos de imagen.

Las reclamaciones salariales ocupan la atención del artículo, centrándose de modo especial en las peculiaridades del procedimiento monitorio. Asimismo, las vías extrajudiciales son también objeto de análisis en el apartado quinto, con una atención destacada a la Comisión Mixta sindicato-patronal existente en el ámbito del fútbol profesional.

En fin, el artículo dedica una atención especial a la garantía salarial por insolvencia en el ámbito de las actividades deportivas. En este sentido, se subraya el papel del Fondo de Garantía Salarial, como garante de salarios e indemnizaciones, lo que incluye las indemnizaciones correspondientes a la resolución contractual anticipada. Sin embargo, dado el carácter residual de este mecanismo de garantía, especialmente en algunos ámbitos del deporte profesional como es el caso del fútbol, el profesor Pazos Pérez subraya la existencia de un fondo privado de garantía para la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

Más allá de los cuatro artículos presentados al Premio al Mejor Ensayo propuestos para publicación, el número 108 de Documentación Laboral ha reservado un espacio para cuestiones relacionadas con el régimen jurídico del salario en otros países europeos.

En el primero de ellos, “La protección constitucional del salario en Portugal: una perspectiva”, los profesores Carvalho Martins y Neto Mestre abordan las claves fundamentales de diversas instituciones protectoras del salario en Portugal, tanto de carácter constitucional como de carácter legal. Para ello, los autores parten de la estrecha vinculación entre el salario y la dignidad humana del trabajador, lo que lleva a una especial tutela del salario mediante los principios constitucionales de proporcionalidad, seguridad jurídica y confianza.

Los profesores Carvalho Martins y Neto Mestre se centran en el primer bloque de su trabajo en la exposición de los principios que inspiran la fijación del salario mínimo, apuntando a que en la práctica su fijación no tiene en cuenta datos estadísticos relacionados con las necesidades vitales de los trabajadores. Otra de las figuras examinadas es la protección constitucional de la igualdad salarial, que velaría por la igualdad retributiva cuando se desempeñe la misma actividad en calidad y en cantidad, sin perjuicio de que se subrayen las dificultades en su eficacia. La protección legal ante reducciones salariales es otro de los ejes del texto. Se trata de una regla que prohíbe la disminución salarial salvo cuando esté prevista en la Ley o en el convenio y estará limitada, entre otras, a la concurrencia de reducciones de tiempo de trabajo o de rebaja pactada de categoría profesional. En fin,

la panorámica de la protección del salario se detiene en las reglas de inembargabilidad señalándose algunas de sus claves como son su aplicación a salarios pero también a pensiones y a ingresos de trabajo autónomo; la cifra de ingresos inembargables o los topes de la inembargabilidad.

En su segunda parte, el artículo de los profesores Carvalho Martins y Neto Mestre reseña las grandes líneas de la jurisprudencia constitucional en materia de protección salarial. A este respecto se detiene en primer lugar en una selección de pronunciamientos basados en el derecho a una existencia digna de los perceptores, un principio que incidirá en la aplicación de las reglas de embargabilidad. La irreductibilidad salarial en la jurisprudencia es también abordada por el artículo, señalándose que a la luz de la jurisprudencia constitucional portuguesa no existe una tutela constitucional directa de la irreductibilidad del salario, aunque dichas variaciones podrían ser controladas a través de los principios constitucionales de confianza e igualdad. En fin, el análisis de la jurisprudencia constitucional se cierra con una referencia a algunas sentencias recaídas a propósito del principio de igual salario por igual trabajo, en el que se pone de manifiesto una cierta flexibilidad de los tribunales ante este principio.

Cierra este número el artículo de Felicia Rosioru “El salario en Rumanía. *The facts behind the myth*”, centrado en una sugerente selección de cuestiones que permiten obtener algunas claves de la realidad laboral rumana. En la primera parte de su trabajo, la profesora Rosioru se detiene en aspectos clave de actualidad legislativa como son la escasa cuantía del salario mínimo interprofesional en Rumanía y la tendencia creciente a su dignificación para evitar las graves disfunciones generadas por tal situación en el mercado de trabajo, en la demografía y en el sistema de pensiones. Otro apartado clave se centra a la reforma laboral de 2011 y el desmantelamiento de la negociación colectiva sectorial lo que ha acarreado la proliferación de empresas sin cobertura de convenio y una reducción de cuantías salariales desplegada en un sentido inverso al aumento de los salarios mínimos. A ello ha contribuido la potenciación de la negociación colectiva de empresa, no siempre fácil dadas las modestas dimensiones de las empresas en Rumanía, y los efectos negativos de las reformas de cara a la posibilidad de negociar nuevos convenios colectivos de empresa. En contraste con el empleo privado, el artículo muestra el papel prácticamente inapreciable de la negociación colectiva en la determinación del salario de los empleados públicos.

Dejando de lado los instrumentos regulatorios y su papel en el actual marco laboral rumano, la profesora Felicia Rosioru, dedica algunas reflexiones al principio de igualdad en materia salarial destacando su protección legal y constitucional así como sus dudas a propósito de los efectos reales de esta protección. En este sentido, el artículo presta atención a una serie de factores que cuestionan la eficacia del principio, como son, entre otros, la invocación empresarial de factores personales que favorecen la individualización de los salarios, la presencia menguante de la negociación colectiva y, en fin, la brecha salarial de género, de incidencia desigual según sectores y llamativamente elevada en el sector público.

En la recta final de su trabajo, la profesora Rosioru se adentra en aspectos referidos al pago del salario, destacándose una particular atención a la moneda de pago, así como a las diversas modalidades del pago del salario –cheque y otros– refiriéndose también al carácter privilegiado del crédito salarial. El apartado presta una especial atención a la cuestión del tiempo y regularidad en el pago, así como al pago de salarios en especie, una forma frecuente de retribución con límites bastante más relajados que los previstos en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo se cierra con diversos apartados que dan noticia de la puesta en marcha de un sistema de garantía salarial institucional, así como de los límites en las deducciones salariales, entre otros.

Ricardo Esteban Legarreta

AUTORES DEL PRESENTE NÚMERO

Olaya Martín Rodríguez

Becaria de investigación en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid.

Djamil Tony Kahale Carrillo

P....
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA).

Adrián Todolí Signes

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho.
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Islas Baleares.

Alexandre Pazos Pérez

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Vigo.

David Carvalho Martins

Master en Derecho, doctorando.
Profesor Asistente (invitado) de las Universidades de Lisboa y Nova de Lisboa.
Abogado responsable por el área laboral de Gómez-Acebo & Pombo en Portugal.

Joana Neto Mestre

Licenciada en Derecho.
Abogada becaria en Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados.

Felicia Rosioru

Associate Professor (lector universitar doctor).
Babes-Bolyai University, Cluj-Napoca, Romania.