



Roj: **STS 640/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:640**

Id Cendoj: **28079140012015100037**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2015**

Nº de Recurso: **3347/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 14971/2013,**
STS 640/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Enero de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Jesús Carlos , representado y defendido por el Letrado Sr. Moltó Llovet, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de noviembre de 2013, en el recurso de suplicación nº 5098/2012 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 29 de mayo de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid , en los autos nº 705/2010, seguidos a instancia de dicho recurrente contra LLOYDS TSB BANK PLC SUCURSAL EN ESPAÑA y LLOYDS TSB BANK PLC, sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida LLOYDS TSB BANK PLC SUCURSAL EN ESPAÑA (actual Lloyds Bank Internacional), representada y defendida por la Letrada Sra. Martín Pastor.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio V. Sempere Navarro** , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Sr. Jesús Carlos y Lloyds Bank Internacional (antes LLOYDS TSB BANK PLC SUCURSAL EN ESPAÑA) estuvieron vinculados mediante un contrato de alta dirección, finalizado por desistimiento empresarial. Dicho cese fue impugnado por el empleado y declarado conforme a Derecho por las resoluciones a que luego se aludirá; en demanda independiente, el Sr. Jesús Carlos reclamó la cantidad que es objeto del presente procedimiento.

Mediante sentencia del 29 de mayo de 2012, el Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid , resolvió en instancia esta reclamación dineraria sobre la base de unos hechos probados que fueron parcialmente revisados en suplicación (respecto del monto de la retribución anual) y que constituyen el inesquívale presupuesto del presente recurso casacional. De manera literal, son los siguientes:

"1.- La parte actora D. Jesús Carlos ha venido trabajando para la empresa demandada LLOYDS TSB BANK PLC SUCURSAL EN ESPAÑA (actualmente LLOYDS BANK INTERNATIONAL SAU) con una categoría de Director General de Sucursal en España desde el 1.5.05 y percibiendo un salario bruto anual de 229.602 euros.

2.- El actor desempeña sus funciones como Director General de Sucursal española de la empresa demandada desde el 1.5.05, pactándose una retribución fija anual y una retribución variable consistente en un 25% de la retribución fija.

3.- El actor no superó en el año 2009 dos procesos de selección interna en la empresa que derivaban de la integración de las empresas LLOYDS y de HBOS.



- 4.- En fecha 27.8.09 la empresa demandada le comunicó la intención de resolver su contrato con efectos del 27.11.09, pasando el actor a situación de baja remunerada hasta la fecha de la extinción.
- 5.- El actor impugnó dicha extinción del contrato y por sentencia del Juzgado Social nº 21 de Madrid de fecha 20.5.10 se declara extinguida la relación laboral por desistimiento, computando el bonus del año 2008 como salario a los efectos de determinar la indemnización correspondiente. Dicha sentencia fue confirmada por sentencia del TSJ de Madrid de fecha 9.1.12 . Frente a dicha sentencia el actor ha interpuesto RCUD en fecha 2.3.12.
- 6.- En el sistema de fijación de objetivos anuales se fijan una serie de objetivos generales para la sucursal denominados "Cuadro de Mando Integrales", que se van desplegando en cascada y se van determinando por el line manager para cada directivo. El line manager consensúa una serie de objetivos concretos con el directivo en el primer trimestre del año, si bien los objetivos concretos son aprobados finalmente por el superior.
- 7.- Durante los meses de junio y diciembre de cada año se efectúa la evaluación de desempeño de cada directivo.
- 8.- El actor ha venido percibiendo la retribución variable correspondiente en los ejercicios 2005, 2006 y 2007, habiéndose fijado objetivos concretos en estos años y habiendo sido evaluado el actor semi anualmente.
- 9.- D. Genaro es el line manager que debe fijar los objetivos con el actor, el cual le remitió por e-mail en fecha 30.12.08 una serie de instrucciones para fijar los objetivos del año 2009.
- En fecha 26.5.09 el Sr. Maximiliano remite un e-mail al actor corrigiendo parte de los objetivos propuestos, solicitándole un borrador para revisarlos y aprobarlos de modo definitivo. No consta probado que fueran aprobado los objetivos del actor.
- 10.- En la evaluación de objetivos de fecha 21.7.09 la empresa hace constar que todos los objetivos del actor se hallan pendientes, no siendo por tanto evaluados.
- 11.- Por e-mail de fecha 24.11.09 el actor insta a la empresa para que le fije los objetivos del año 2009.
- 12.- En los datos financieros de la sucursal en España consta que en el año 2009 se ha obtenido los mejores resultados desde el año 1990, habiendo mejorado en un 47% el presupuesto anual y habiendo obtenido unos ingresos de ventas en España del 355%.
- 13.- Por e-mail de fecha 28.5.09 el Sr. Maximiliano felicita al actor por los resultados obtenidos en el año 2009.
- 14.- Todos los miembros del Comité de Dirección que dependen del actor, percibieron la retribución variable en el año 2009, habiendo obtenido la calificación de "objetivos cumplidos".
- 15.- Conforme al Plan de Bonus anual para el año 2009, de aplicación a las condiciones para managers, consta que: "Los trabajadores que hayan dejado el Grupo antes del 1 de marzo de 2010, hayan sido baja voluntaria o hayan recibido un preaviso de extinción de contrato en dicha fecha, no tendrán derecho a recibir ningún incentivo del ejercicio de desempeño 2009 prorrateado hasta la fecha de su baja.
- Como excepciones a esta norma se contemplan las siguientes:
- Jubilación.
 - Cese mediante acuerdo voluntario/despido objetivo.
 - Fallecimiento durante la relación laboral.
 - Acuerdo mutuo (extinción de la relación laboral del trabajador)/extinción de la relación laboral del trabajador)/extinción de mutuo acuerdo- cuando la extinción se pacta de modo individual en el marco de un acuerdo extrajudicial.-Finalización del contrato temporal.
 - Externalización/venta de la compañía.
- 16.- La DGT autorizó a la empresa demandada el ERE presentado en fecha 26.10.09 para extinguir un total de 145 contratos de trabajo, ante las pérdidas de la compañía sufridas en el año 2009.
- 17.- Los empleados afectados por el ERE no han percibido objetivos en el año 2009.
- 18.- Para el caso de estimar la demanda, la cantidad que le correspondería al actor en concepto de bonus del año 2009 es de 57.400 euros.
- 19.- Se intentó el acto de conciliación previa sin avenencia en fecha 21.5.10."

La sentencia del Juzgado de lo Social dice así en su parte dispositiva: "Que desestimando totalmente la demanda de cantidad interpuesta por D. Jesús Carlos , debo absolver y absuelvo a LLOYDS TSB BANK PLC



SUCURSAL EN ESPAÑA (actualmente LLOYDS BANK INTERNACIONAL SAU) de todos los pedimentos de la demanda".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 6 de noviembre de 2013 .

El actor interesaba dos revisiones fácticas (de las cuales prosperó, como queda dicho, la referida al importe de su remuneración anual) y denunciaba la infracción de diversos preceptos tanto del Código Civil (arts. 1119 , 1256 y 1115) cuanto del Estatuto de los Trabajadores (arts. 4.2.f, 26 y 29) así como de diversos criterios jurisprudenciales.

La sentencia considera que no se han cumplido los requisitos que dan acceso al *bonus* reclamado (básicamente la permanencia) y, por los argumentos que luego serán examinados, confirma la sentencia de instancia y contiene el siguiente fallo: : "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid , en autos nº 705/2010, seguidos a instancia de Jesús Carlos contra LLOYDS TSB BANK PLC SUCURSAL EN ESPAÑA (actualmente LLOYDS BANK INTERNACIONAL SAU), en reclamación de CANTIDAD, confirmando la misma."

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Moltó Llovet en representación de D. Jesús Carlos , mediante escrito de 15 de enero de 2014, preparó y formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que alega como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de marzo de 2008 y de 5 de marzo de 2012 .

El Primer motivo alega la infracción del artículo 3.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto , en relación con el art. 1256 del Código Civil ; subsidiariamente, del art. 3.1.c ET en relación con el art. 1256 CC y con el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores .

El Segundo motivo argumenta sobre la infracción del art. 1256 CC en relación directa con el art. 26 ET .

Respecto de ambos motivos se realiza "expresa denuncia de la violación habida a los efectos de un eventual recurso de amparo constitucional (art. 44.1.c LOTC)".

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 10 de abril de 2014 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

A través de su escrito de 27 de mayo de 2014, la Letrada D^a Concepción Martín Pastor, en nombre de la empleadora recurrida expuso las razones que le inclinaban a sostener que ninguna de las dos sentencias elegidas para el contraste cumplían con las exigencias del art. 219.1 LRJS puesto que contemplaban supuestos diversos al del presente caso.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso. Al amparo de lo previsto en el art. 226.3 LRJS , mediante escrito de 18 de junio de 2014, se manifestó en favor de la desestimación del recurso, básicamente por entender que no concurrían los requisitos de identidad de hechos, fundamentos y pretensiones legalmente exigidos; en consecuencia, tampoco cabe hablar de doctrinas contradictorias.

SEXTO.- Instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 8 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Objeto del recurso de casación .

Los hechos debatidos podrían generar múltiples reflexiones jurídicas sobre temas conexos: validez del salario por objetivos, modo de fijación de los objetivos, posibilidad de que se consigan los hitos globales y no los personales, consecuencias de la pasividad empresarial en la fijación de tales metas, consecuencias de la evaluación del desempeño semestral, validez de la cláusula o pacto de remuneración variable, posibilidad de considerar abusiva una cláusula aisladamente considerada, regulación aplicable a un contrato de alta dirección en la parte retributiva compartida con empleados comunes, posibilidad de que la extinción empresarial del contrato sea abusiva, carácter fraudulento del desistimiento, etc.

Sin embargo, forzoso es recordar que nos encontramos en el ámbito de un recurso específico, extraordinario y excepcional, que solo permite examinar las cuestiones respecto de las que concurren los presupuestos procesales legalmente exigidos; ni cabe la revisión de hechos probados, ni es posible construir el recurso



formalizado, ni pueden suscitarse cuestiones nuevas, ni cabe desconocer los efectos de la cosa juzgada, por recordar algunas de las principales limitaciones.

En esta línea, el propio empleado reconoce, de forma leal, que su recurso se construye "sobre la legitimidad de la extinción del contrato por libre desistimiento de la empleadora". Y es que el desistimiento empresarial del contrato, que está en el base del presente procedimiento, fue impugnado ante los Tribunales y acabó siendo considerado como ajustado a Derecho en un procedimiento autónomo y previo.

La cuestión objeto del recurso, por tanto, se centra en determinar si el demandante debe percibir la remuneración prevista para el caso de haber alcanzado los objetivos, pese a haberse incumplido las condiciones previstas (logro de resultados y permanencia en la empresa) tanto por ausencia de fijación de los mencionados objetivos cuanto por haberse extinguido la relación laboral antes de que finalice el periodo de maduración.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Delimitado convenientemente el objeto del presente recurso casacional procede examinar si concurre el presupuesto de la contradicción, en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS y la jurisprudencia que sobre el mismo (o el precedente art. 217 LPL) ha venido interpretándolo. En el presente caso, adicionalmente, la operación ha de ser especialmente cuidadosa puesto que tanto el Informe del Ministerio Fiscal cuanto el escrito de impugnación al recurso cuestionan su concurrencia.

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social supedita la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina a que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005 , R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010 , 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010 , 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

Debe insistirse en la necesidad de que haya una contradicción de corte integral (no meramente oponiendo hechos análogos y soluciones diversas, sino también a propósito de pretensiones y regulaciones semejantes). Las pretensiones examinadas por las sentencias han de mantener entre sí la sustancial identidad que la LRJS exige para que podamos hablar de sentencias contradictorias.

No se trata solo de que la argumentación vertida en el escrito de interposición del recurso debe ser congruente con la pretensión de instancia (como muchas veces hemos advertido) sino de que resulta rechazable que en el recurso de casación la parte intente modificar la pretensión que fue propugnada en instancia y en el recurso de suplicación. En este sentido ha de recordarse el criterio sentado, por ejemplo en la STS de 17 septiembre 2013 (rec. 515/2012), sobre la necesidad de examinar la pretensión ejercitada tanto en la demanda como en suplicación (pues sobre ella versa el litigio), sin que sea posible que la parte, por primera vez en casación, intente variar los fundamentos y pretensiones que fueron objeto de análisis en instancia y en la sentencia de suplicación recurrida.

Corolario de ello es que falta la preceptiva contradicción entre las sentencias comparadas cuando han recaído sobre supuestos idénticos pero a partir de motivos de suplicación distintos, como desde antiguo venimos advirtiendo (STS 16 enero 1996, rec. 2722/1994).

La contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010 , 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011 , 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011).

TERCERO.- Primer motivo del recurso, sobre la ausencia de fijación de objetivos anuales y su consecuencia.



El primer motivo del recurso formulado por el trabajador se centra en las consecuencias que necesariamente se derivan de la no fijación de los objetivos por parte de la empresa respecto de remuneración relacionada con la productividad, señalando la infracción del art. 3.1 del RD 1382/1985, de 1 de agosto regulador de la relación laboral especial de alta dirección en recta relación con el art. 1256 CC, o subsidiariamente el art. 3.1.c ET .

A)La sentencia recurrida.

No es necesario repetir ahora todos los hechos probados que en la parte de Antecedentes han quedado expuestos, pero sí interesa resaltar algunos de ellos, que están en la base de la decisión adoptada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de noviembre de 2013 , ahora recurrida.

El actor era Director General de la demandada (desde el 1 de mayo de 2005), percibiendo una retribución fija anual y otra variable (25% de la fija). Conforme al Plan de Bonus anual para 2009, los trabajadores que hayan dejado el grupo antes del 1-3-2010, hayan sido baja voluntaria, o hayan recibido un preaviso de extinción de contrato en dicha fecha, no tendrán derecho a percibir ningún incentivo del ejercicio de desempeño.

Durante los meses de junio y diciembre de cada año se efectúa la evaluación de desempeño de cada directivo, habiendo percibido la correspondiente a los ejercicios 2005, 2006 y 2007, siendo otro ejecutivo ("line manager") el responsable de fijar los objetivos del actor. Este responsable empresarial remitió, por correo electrónico, al Sr. Jesús Carlos una serie de instrucciones para fijar los objetivos de 2009 (30 diciembre 2008).

Cinco meses más tarde (26 mayo 2009) se remite un nuevo correo electrónico al Sr. Jesús Carlos corrigiendo parte de los objetivos propuestos, sin que conste que fueran aprobados los del actor. Simultáneamente (28 mayo 2009) el actor fue felicitado por los resultados obtenidos, si bien en la posterior evaluación de objetivos (21 julio 2009) la empresa hace constar que todos los objetivos del actor se hallan pendientes, siendo por tanto evaluados.

Los resultados financieros de la sucursal en España durante 2009 fueron los mejores desde el año 1990, habiendo percibido todos los miembros del Comité de Dirección que dependen del actor la retribución variable en el año 2009. Sobre estos presupuestos de hecho, la sentencia confirma el fallo adverso de instancia porque el actor no cumplió la cláusula de permanencia en la empresa fijada en el Plan de Bonus de 2009.

Junto a ese panorama retributivo aparece el segundo vector fáctico que opera sobre el caso: la terminación del contrato. El 27 de agosto de 2009 la empresa comunica al demandante su intención de resolver el contrato con efectos de tres meses después (27 noviembre 2009) pasando el actor a situación de baja remunerada hasta la fecha material de la extinción. Pocos días antes de que llegue ese día final (el 24 de noviembre de 2009) el actor insta a la empresa para que le fije los objetivos de 2009.

B)La sentencia de contraste.

La resolución referencial propuesta para este motivo es la STSJ Madrid de 5 de marzo de 2012 (rec. 2129/2011). En el caso se ventila la reclamación de cantidad deducida por un trabajador que en virtud de contrato de alta dirección y categoría de Director de Gestión de Servicios Generales venía prestando servicios para el SERMAS, dirimiéndose si tiene derecho a percibir la productividad variable al no haberse concretado por la demandada los criterios de valoración de la percepción variable.

La Sala, en sintonía con la decisión del Juez *a quo* , señala que resulta de aplicación al caso la doctrina sobre consecuencias derivadas de la falta de fijación de los objetivos, anudada al cobro del importe máximo estipulado, máxime si, como es el caso, al actor se le ha abonado los dos primeros años el plus de productividad variable en su integridad.

C)Examen de la identidad.

Entre ambas sentencias concurren algunos puntos de contacto, pero una atenta lectura de las mismas evidencia que la contradicción en sentido legal es inexistente.

En efecto, el principal obstáculo que nos encontramos para apreciar la ausencia de la triple identidad que se defiende en el recurso, al margen de que se trate de sendos planes por objetivos que responden a características distintas, es que no hay doctrina que necesite ser unificada. Y es que en el caso de la sentencia que se recurre la razón de decidir no se halla en el hecho de la ausencia en la determinación de los objetivos por la parte empresarial, al lucir con nitidez en la versión judicial de los hechos que a la vista de los resultados en España, era dable deducir el cumplimiento de objetivos, sino que el actor no cumplió la cláusula de permanencia en la empresa, extremo inédito en la de contraste.

La sentencia referencial, por su lado, aplicando la doctrina de esta Sala obrante en sentencia de 16 de mayo de 2012 (rec. 168/11) y las que en ella se citan, explica que la falta de determinación de los objetivos no impide que se perciba la remuneración prevista para el caso en que se hubieren cumplido. La pasividad patronal y la



imposibilidad de que el cumplimiento de las obligaciones quede al arbitrio de una de las partes empuja a que en esos casos se despliegue una doble presunción: a) se han fijado los objetivos; b) se han cumplido.

Nótese que la sentencia recurrida, tras la exposición de los hechos referidos al sistema retributivo del actor, a las vicisitudes acerca de la ausencia de concreción de los objetivos, a los buenos resultados de la empleadora y a la percepción de la prima por parte de los directivos dependientes del Sr. Jesús Carlos concluye: " Por tanto, hay que considerar cumplidos los objetivos por el actor para que tenga derecho a percibir la retribución variable de 2009".

Como queda expuesto, tal es la doctrina también acogida por la sentencia de contraste; desde luego, esa ha sido y es la nuestra: la pasividad empresarial respecto de la fijación de objetivos no debe perjudicar a la contraparte; el cumplimiento de obligaciones bilaterales no puede quedar al arbitrio de una de las partes; los objetivos se entienden fijados y cumplidos, compensando así al trabajador de los daños y perjuicios sufridos.

D) Desestimación del motivo.

Puesto que las sentencias contrastadas no presentan oposición en los términos del at. 219.1 LRJS el primer motivo del recurso ha de desestimarse. Las dos sentencias contienen la misma doctrina, concordante con la de esta Sala Cuarta.

CUARTO.- Segundo motivo del recurso, sobre la pérdida de la retribución variable por extinguirse el contrato anticipadamente por la exclusiva voluntad de la empresa.

El segundo motivo del recurso sostiene que no cabe excluir el devengo y el correspondiente abono de una retribución variable, sujeta a condición de permanencia en la empresa a una de terminada fecha, cuando el incumplimiento de tal condición es exclusivamente imputable a la empleadora. Denuncia la infracción del art. 1256 CC, en relación con el art. 26 ET.

A) La sentencia recurrida.

En sus pasajes finales, la sentencia recurrida expone las *rationes decidendi*, no vinculadas al fracaso del Sr. Jesús Carlos en pos de los objetivos anuales sino a la ausencia del otro presupuesto establecido para el devengo de la remuneración variable: la pervivencia del contrato de trabajo hasta 1 de marzo del ejercicio siguiente.

A partir de aquí, de forma ciertamente condensada, aparecen los argumentos que conducen a descartar el devengo interesado:

- La permanencia en la empresa hasta 1º de marzo de 2010 aparece en el Plan de Bonus de 2009.
- La empresa extinguió unilateralmente el contrato, pero judicialmente se declaró ajustada a Derecho esa decisión.
- La relación laboral se extingue por desistimiento sin que quepa asimilarlo a un despido improcedente.
- Adicionalmente, el despido improcedente tampoco está incluido como una de las excepciones a la regla sobre necesidad de la permanencia para devengar el incentivo.

B) La sentencia de contraste.

Para este segundo motivo se propone como sentencia de contraste la **STSJ Madrid de 26 de marzo de 2008 (783/08)**. Relata la sentencia referencial que la demandante ha venido prestando servicios para la ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL RED.ES, como Subdirector, bajo contrato de Jefe de Proyecto de Desarrollo de Sistemas, siendo despedida el 30 de septiembre de 2007, si bien con reconocimiento por parte de la demandada de la improcedencia y con abono de la pertinente indemnización.

En la empresa se abona al personal directivo y técnico un programa extraordinario de productividad vinculado al plan AVANZA con un importe global para 2006 de 455.000 euros para un máximo de 70 participantes de esas mismas categorías de personal directivo y técnico, vinculado de modo específico a las acciones objeto del programa AVANZA. El plan de retribución se materializa en resolución de la entidad demandada de 2-10-2006, entre cuyos requisitos se establece, en lo que hace ahora al caso, el de "elegibilidad" como es "estar de alta" el último día del periodo objeto de evaluación -31 de diciembre- y no de excedencia voluntaria.

El hecho de haber cesado la actora antes de publicarse la circular o resolución que fija el importe de los objetivos reclamados, no es obstáculo para su percepción, al quedar constancia de que los subdirectores que han cumplido el año de permanencia han percibido entre 10.000 y 15.000 euros según sus objetivos personales.



Ante la Sala de suplicación el debate judicial giró sobre el requisito de permanencia en la empresa, señalando la sentencia que el cumplimiento del mismo no puede quedar al arbitrio de la empresa de conformidad con lo dispuesto en el art. 1256 CC, de ahí que no pueda perjudicar a la accionante la pérdida de su empleo por causas ajenas a su voluntad. En consecuencia, procede a confirmar el fallo estimatorio de la demanda.

C) Semejanzas y divergencias entre los casos contrastados.

El recurso apunta, con acierto, hacia la identidad del problema abordado en ambas sentencias: existe un plan de retribución variable que condiciona su devengo a la permanencia en la empresa y el trabajador ve frustradas sus expectativas "al haberse producido la extinción contractual por causa exclusivamente imputable a la empleadora". La discrepancia parece clara: mientras en el caso de la recurrida se niega el derecho del Sr. Jesús Carlos, por no estar en la empresa a la fecha del devengo, en la de contraste se reconoce el derecho porque el hecho de no estar en alta en la empresa es imputable a la empleadora. Por lo tanto, en ambos casos los trabajadores no se hallaban en la empresa en la fecha del pago ni de la evaluación.

Sin embargo, como pone de relieve el Informe de la Fiscalía, los dos casos contrastados presentan diferencias radicales:

- La sentencia de contraste estima la demanda de una trabajadora vinculada a la empresa mediante un contrato de trabajo ordinario (como Jefe de Proyecto de Desarrollo de Sistemas), mientras que en la aquí recurrida se desestima la pretensión de persona vinculada mediante contrato especial de alta dirección.
- La sentencia de contraste examina el caso de un contrato terminado por causa de despido improcedente (así reconocido por la propia empleadora), mientras que en la aquí recurrida lo que se produce es un desistimiento (ajustado a Derecho, conforme a resolución judicial).
- La terminación del contrato de trabajo en la sentencia de contraste deriva de una ilícita decisión empresarial, mientras que en la aquí recurrida la empresa ejercita una facultad.
- Los Planes de retribución son diversos pues mientras el examinado en el presente caso contempla excepciones a la regla sobre necesidad de permanencia para la percepción del incentivo, en el caso de contraste no aparece esa circunstancia.

D) La disparidad de los supuestos.

Esa heterogeneidad de circunstancias inclina a pensar que realmente la contradicción no llega a producirse y el recurso tampoco puede examinarse en el fondo. A las disparidades resaltadas ha de añadirse la muy distinta contemplación que uno y otro caso merecen para el Derecho.

* *Fuentes reguladoras diversas.* - Respecto de los contratos ordinarios de trabajo, haya o no en ellos retribución variable, operan todas las normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y en su desarrollo.

Sin embargo en el caso de los altos directivos esas "normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa" en el RD 1382/1985 que regula tal contrato, o cuando así se haga constar específicamente en el contrato (at. 3.2 RD 1382).

Quiere ello decirse que, por definición, respecto del Sr. Jesús Carlos sería imposible la vulneración del artículo 26 ET (denunciada subsidiariamente en el recurso) habida cuenta de que tal precepto no es invocado en el RD 1382; y si se hubiera incorporado al contrato (lo que no se acreditó) su infracción sería solo mediata. En fin, no se olvide tampoco que en lo no regulado por el citado Real Decreto o por pacto entre las partes, "se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales" (art. 3.3 RD 1382).

* *Distinta intensidad de la autonomía de la voluntad.* - Estrechamente conectada con la anterior reflexión se encuentra el diverso alcance con que el ordenamiento admite el despliegue de la autonomía de la voluntad en uno y otro tipo de contratos.

Cuando afrontamos un contrato de trabajo común (como el existente en el caso referencial), la norma tutela a la parte más débil e impide la validez de acuerdos que menoscaben sus derechos mínimos. Los recíprocos derechos y obligaciones pueden regularse *por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos* (art. 3.1.c ET).

Sin embargo, la menor intensidad laboral que cuadra con el contrato de alta dirección se manifiesta claramente cuando el art. 3.1 del RD 1382 prescribe que *los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación.*



Dicho abiertamente: cabe que el mismo pacto se considere abusivo cuando se incorpora al contrato laboral de tipo ordinario y merezca otra calificación si se halla incorporado al de carácter especial. Que así sea no debe sorprender a la vista de que los bloques normativos aplicables son diversos, como también lo es el lugar reservado para la autonomía de la voluntad o los principios inspiradores de los sectores del ordenamiento en que debe buscarse la completitud de lo pactado.

Descendiendo de esas consideraciones generales, pero necesarias, a las más particulares y propias del caso:

- a) Que se condicione la percepción de una remuneración variable a la continuidad en la empresa durante cierto tiempo puede merecer diversa valoración para los dos bloques normativos enfrentados.
- b) Las consecuencias de que la empresa extinga el contrato por su voluntad merecen una calificación distinta en el contrato ordinario (despido improcedente) y en el de alta dirección (desistimiento).
- c) La adhesión al sistema de incentivos variables propuesto por la empresa posee distinto significado en un contrato con fuertes limitaciones tuitivas al pacto individual y en otro con amplísimas posibilidades.

Si a ello añadimos el contenido de los Hechos Probados Tercero ("El actor no superó en el año 2009 dos procesos de selección interna en la empresa que derivaban de la integración de las empresas") y Quinto (declaración judicial de que el desistimiento fue ajustado a Derecho) es claro que el problema afrontado en nuestro caso no puede compararse con el de la Subdirectora que ve extinguido su contrato común por despido improcedente. Ni las circunstancias fácticas, ni las normas, ni el tenor de los planes de incentivos permiten una comparación a los efectos de examinar si la STSJ recurrida incurrió en las vulneraciones que denuncia el recurso.

E) Desestimación del motivo.

Las divergencias expuestas en los párrafos que anteceden nos inducen a pensar que tampoco en este segundo motivo concurre la preceptiva identidad (hechos, pretensiones, fundamentos) que reclama el art. 219.1 LRJS. El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Desestimación del recurso.

A) Vulneración de la tutela judicial efectiva.

Respecto de ambos motivos el recurso realiza "expresa denuncia de la violación habida a los efectos de un eventual recurso de amparo constitucional (art. 44.1.c LOTC)". Este precepto prescribe que las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

Lo cierto es que ninguno de los motivos menciona el derecho o libertad que se considera vulnerado por la sentencia recurrida; que tanto las exigencias propias del recurso de casación interpuesto (arts. 221 y concordantes LRJS) cuanto la propia tutela judicial efectiva (art. 241 CE) de la contraparte exigen que se precise el modo en que se haya producido la infracción mencionada; que, en esas condiciones, la doble mención no pasa de constituir una cláusula de estilo carente de repercusión práctica.

B) Términos de la desestimación.

De conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal y los expuestos razonamientos, el recurso del Sr. Jesús Carlos debe desestimarse por falta de contradicción entre la sentencia recurrida y las referenciales. El recurso debió ser inadmitido, por ausencia del presupuesto procesal de la contradicción entre las sentencias contrastadas, lo que en esta fase conduce a que deba desestimarse.

Ello, por tanto, no significa que asumamos necesariamente la doctrina sentada por la sentencia de suplicación recurrida respecto de la cuestión aquí enjuiciada. Desde luego, en modo alguno estamos matizando o alterando nuestra doctrina sobre devengo de los incentivos cuando la empresa ha impedido su consecución al omitir fijarlos.

El artículo 235.1 LRJS dispone que se impondrán las costas a la parte vencida en el recurso, salvo que goce del beneficio de justicia gratuita, lo que es el caso.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS



1) Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D Héctor Moltó Llovet, en nombre y representación de D. Jesús Carlos .

2) Confirmamos la sentencia 766/2013, de 6 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en el recurso interpuesto por D. Jesús Carlos frente a la sentencia dictada el 29 de mayo de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid , en los autos nº 705/2010, seguidos a instancia de dicho recurrente contra LLOYDS TSB BANK PLC SUCURSAL EN ESPAÑA y LLOYDS TSB BANK PLC, sobre reclamación de cantidad.

3) No ha lugar a la imposición de costas, ni a la adopción de medidas específicas en materia de consignaciones o depósitos.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CINCO