

 **PATRICIA ORTIZ SEIJAS***Licenciada en Derecho*

### ***ENUNCIADO***

---

Los accionistas de la sociedad denominada ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. acuden a nuestro Despacho para que se realice un estudio sobre posibles sistemas retributivos para los directivos que a su vez sean miembros del Consejo de Administración de la citada compañía. Los citados sistemas retributivos deberán estar vinculados al valor de la empresa y, al mismo tiempo, habrían de ayudar a potenciar la fidelización de los directivos.

En cualquier caso, los citados sistemas retributivos estarán condicionados al mantenimiento de la vinculación del directivo con la mercantil ESPAÑA REAL ESTATE, S.A., por lo que en caso de que ésta desapareciese, se deberán establecer mecanismos que permitan articular, a un precio previamente marcado, las acciones u opciones entregadas.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

Como consecuencia de lo anterior se procede a analizar los diferentes sistemas retributivos previstos, y se decide profundizar en el estudio de los tres siguientes, que responden a los parámetros perseguidos por la empresa:

##### 1. Sistemas de retribución.

- Entrega de acciones de una sociedad instrumental.
- Entrega de opciones sobre acciones.
- Entrega de acciones fantasma.

2. Asimismo se solicita que se realice un pequeño análisis de los aspectos laborales que la elección de retribución implicaría.

## **SOLUCIÓN**

### **1. Sistemas de retribución.**

• *Entrega de acciones de una sociedad instrumental.* Es el sistema retributivo mediante el cual la empresa entrega a sus directivos, a título gratuito o por precio inferior al mercado, acciones de la misma empresa o de empresas del mismo grupo. El incentivo económico que supone para el directivo, podría tener lugar por dos vías: mediante el cobro de los dividendos que, en su caso, se repartan, o mediante la realización de las plusvalías que hayan acumulado las acciones.

Desde el punto de vista societario, la entrega de acciones de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. a sus directivos presenta el inconveniente de que los nuevos socios podrían utilizar sus derechos (asistencia de Notario a las Juntas, solicitud de convocatoria judicial, impugnación de acuerdos nulos o anulables, etc.) para dificultar la normal marcha de la empresa. También podrían plantearse dificultades en el caso de una hipotética venta de la compañía.

Para evitar estos inconvenientes y evitar asimismo que la entrega de acciones sea considerada un rendimiento del trabajo en especie, es posible realizar un sistema alternativo que consistiría en lo siguiente:

Se constituiría una Sociedad instrumental por los directivos de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A., posteriormente entrarían en ella los actuales socios de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. aportando acciones de esta compañía, de esta forma, se impide que pueda haber alguna duda sobre una supuesta vinculación entre esta sociedad y ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. o sus accionistas, que pudiera hacer considerar las participaciones que los directivos tengan en dicha sociedad como un rendimiento del trabajo en especie.

Desde un punto de vista legal, la tenencia de participaciones en la Sociedad instrumental supondría indirectamente poseer parte de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A., por ello sería imprescindible impedir o limitar la transmisión a terceros de dichas participaciones. Para ello sería necesario incluir en los Estatutos de la Sociedad instrumental limitaciones a la libre transmisión de participaciones a terceros y realizar pactos extraestatutarios entre los socios que les obligasen a vender sus participaciones entre socios o a ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. en el caso de cese o extinción de la relación laboral con ESPAÑA REAL ESTATE, S.A.

La principal ventaja de este sistema es que se impide que los directivos posean acciones de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A., mientras que presenta el inconveniente que es un sistema comple-

jo y que conlleva costes adicionales tanto para los actuales socios de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. como para sus directivos (costes de constitución, aportaciones iniciales, mantenimiento de la Sociedad instrumental, etc.).

- *Entrega de opciones sobre acciones.* Este sistema retributivo se basaría en un contrato realizado entre ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. y sus directivos, por el que ESPAÑA REAL ESTATE, S.A., a cambio o no de una prima, otorgaría a sus directivos el derecho a comprar acciones de la empresa (normalmente a un precio inferior al de mercado) en un determinado momento o durante un determinado período de tiempo.

La ventaja económica para los directivos radicaría en que al adquirir acciones de la empresa a un precio ventajoso, en el caso de una ulterior enajenación de las acciones a precio de mercado obtendrían una plusvalía.

El ejercicio de las opciones de compra sobre las acciones de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. sólo sería posible para el caso de venta de la sociedad (en el plan de entrega de opciones debería definirse claramente qué se entiende por venta y el momento exacto en que podrá ejercitarse la opción, por ejemplo, una vez obtenida propuesta en firme...).

Desde el punto de vista mercantil sería necesario que de forma previa o simultánea a que los actuales accionistas de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. vendan sus acciones a terceros, vendan a su vez a ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. las acciones que ésta a su vez entregará a sus directivos. En todo caso, si la retribución mediante opciones sobre acciones se otorga a los directivos por su condición de miembros del consejo de administración de la sociedad, habrá de preverse expresamente en los Estatutos y su aplicación requerirá un acuerdo de la Junta General de Accionistas [artículos 75 y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)].

Desde el punto de vista fiscal, la mera concesión de opciones intrasmisibles intervivos a los directivos de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A., a un precio simbólico o inferior al de mercado, no constituiría una retribución en especie, ya que sólo cabría computar dicha retribución cuando se produzca el ejercicio de las opciones y la adquisición de las acciones.

Las principales ventajas e inconvenientes de esta alternativa son las siguientes:

Ventajas:

- Es un sistema más simple que el anterior y no conlleva los gastos que en la alternativa anterior origina por la creación y mantenimiento de la Sociedad instrumental.
- Los directivos no ostentarían, ni siquiera de forma indirecta, acciones de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. antes de una hipotética venta por parte de sus actuales socios. Por lo tanto, al no ser accionistas no podrían influir en el órgano soberano de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A.

TE, S.A. y no podrían hacer uso de los derechos que, para los accionistas minoritarios, establece la LSA.

Inconvenientes:

- El incentivo que el directivo obtiene es menor que si se le entregaran acciones de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A., ya que la atribución de opciones sobre dichas acciones es una mera expectativa que sólo se materializará en caso de venta de la sociedad.

- *Entrega de acciones fantasma.* Este sistema retributivo se basa en establecer un incentivo salarial cuya cuantía se liga al incremento de valor de las acciones de la empresa, sin que dichas acciones se entreguen ni se conceda ningún derecho de opción sobre las mismas. Realmente se trata de indexar un determinado componente salarial al valor de las acciones.

Vincular el nivel de las retribuciones de aquellos directivos, que con su labor, han contribuido a incrementar el valor de la empresa, y que por lo tanto, han creado valor para los actuales accionistas de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A., al valor de dicha sociedad en el momento de su venta, es un método de retribución que entendemos equitativo e idóneo para la fidelización de directivos.

En el plan de entrega de acciones fantasma, se debe determinar claramente, para el caso de aquellos directivos que a la vez son miembros del Consejo de Administración de la sociedad y trabajadores de la misma, en qué concepto reciben esas acciones fantasma, si como trabajador o como miembro del Consejo de Administración. Si la entrega de las acciones fantasma a los directivos se realiza por ser miembros del Consejo de Administración habrá de preverse en los Estatutos de la sociedad y requerirá acuerdo de la Junta General de Accionistas.

Las ventajas de este sistema es que es el sistema más sencillo y los directivos tendrán un claro incentivo salarial vinculado al aumento de valor de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A.

Conclusiones:

Analizado lo anterior, parece que la alternativa de entrega de opciones sobre acciones representa la situación más equilibrada desde el punto de vista societario, de fidelización y desde el coste que la misma implica. Procedemos a continuación a conocer las implicaciones laborales que ello implicaría:

## 2. Análisis de los aspectos laborales del sistema retributivo.

Para la alternativa de entrega de opciones sobre acciones (sistema elegido), hay que determinar en primer lugar cuál es la vinculación que une al directivo con la empresa.

Tenemos varias posibilidades, relación puramente mercantil, relación laboral especial de alta dirección, relación laboral ordinaria, etc. En nuestro caso se da a la vez la relación mercantil y la relación laboral, ya sea ordinaria ya sea especial de alta dirección, ya que los directivos de ESPAÑA REAL ESTATE, S.A. son a la vez miembros del Consejo de Administración de la sociedad y trabajadores de la misma.

#### A) Salario.

Cuando en una persona concurren las cualidades de administrador la sociedad y la de alto directivo o trabajador ordinario de la misma, la jurisprudencia atendiendo a la teoría de la naturaleza del vínculo, suele considerar la relación que le une con la empresa como de carácter mercantil, sin embargo, existen casos en que ha considerado compatible el doble vínculo. Por ello, el plan que desarrolle el sistema de retribución elegido, habrá de determinar en qué concepto se recibe la retribución, si como miembro del Consejo de Administración o como trabajador de la empresa.

#### B) Seguridad Social.

En nuestro caso podría haber dos posibilidades:

- B.1) Que el trabajador-administrador de la sociedad, no ejerciese funciones de dirección y gerencia en la sociedad y no poseyera su control, en cuyo caso habría de estar incluido obligatoriamente en el Régimen General de la Seguridad Social.
- B.2) Que el trabajador-administrador de la sociedad, no poseyera el control de la sociedad pero sí realizase funciones de dirección y gerencia siendo retribuido por ello, en cuyo caso debería estar incluido en el Régimen General como asimilado.

En cualquiera de estos casos, la sociedad tendría que incluir las retribuciones consistentes en opciones sobre acciones a efectos de calcular la base de cotización de los directivos en el momento de la venta de la sociedad (momento de su ejercicio), sin embargo, como es probable que, aún sin tenerlas en cuenta, el nivel de retribución de los directivos haga que su base de cotización supere la base máxima, esta inclusión no tendría relevancia.

#### C) Extinción de la relación laboral o mercantil.

El plan del sistema retributivo habrá de determinar en qué momento se adquieren las opciones o derechos, en qué concepto (en el de trabajador o en el de Consejero) y qué es lo que sucede en los casos de cese o dimisión del cargo de administrador, o en los de extinción de la relación laboral, ya sea a instancia del trabajador o de la empresa.

La consideración como salario de las opciones sobre acciones no ejercidas ha sido discutida por la doctrina, sin embargo, existen varias sentencias de tribunales menores que niegan el carácter salarial de las opciones aún no ejercitadas a efectos de integrar la indemnización por despido, basándose en las siguientes razones: El empleador no da algo específico sino que el directivo adquiere un derecho cuyo ejercicio tiene resultados aleatorios de cara a su patrimonio. Es una mera expectativa; Depende exclusivamente de la voluntad del directivo tanto su adquisición como su ejercicio, en cambio el salario tiene el carácter de irrenunciable; El empleador sólo actúa como medio de unas posibles ganancias. Es de reseñar que también existe Jurisprudencia que apunta al extremo contrario, esto es, que las opciones sobre acciones ya ejercitadas son salario, y deben estimarse en el cálculo de indemnización por despido.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- RDLeg. 1564/1989 (TRLISA).
- STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 1999.
- Sentencia del Juzgado de lo Social de 24 de septiembre de 1999.