

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

**Extracto:**

CON este trabajo el autor pretende suministrar un conjunto de argumentos que permitan alcanzar mayor certeza jurídica sobre una de las cuestiones, la calificación de los sistemas de remuneración por incentivos opcionales ofrecidos a los empleados no directivos (*Employee Stock Options Plans*), más controvertidas doctrinal y judicialmente en el actual panorama, ya en sí complejo, de la configuración y estructura del salario. El punto de partida de este detenido y argumentado estudio es la escasa credibilidad que a tales fines presenta la doctrina recientemente afirmada por el TS, no sólo por la extremada debilidad argumental de su tesis sino, incluso, por sus incorrecciones. La tesis alternativa presentada por el voto particular, que sintetiza la posición crítica esgrimida doctrinal y judicialmente en contra del carácter salarial de esta sofisticada forma retributiva, auténtico monumento de ingeniería jurídico-financiera, se revela para el autor aún más deficiente, por lo que tampoco podría conciliar el suficiente consenso.

Este conjunto de críticas, por defecto –debilidad argumental, inaplicación de la presunción de salario a todas las modalidades de SOs retributivas–, y por exceso –configuración de las SOs siempre como salario en metálico–, exigiría una doble labor de análisis a juicio del autor. Por un lado, de apostilla de la doctrina legal, completando, matizando y corrigiéndola al objeto de permitir mayor certidumbre sobre un tema de gran importancia social y económica –repara el autor en la ingente cantidad de recursos que movilizan estos programas–. Por otro, de réplica argumental a los críticos de la calificación como salario de estos sistemas retributivos de participación en la situación financiero-patrimonial de la empresa –situación bursátil en las sociedades cotizadas–, por considerar que defienden un concepto anacrónico y ahistórico de salario. En ambos casos, el autor advierte de la función eminentemente práctica, no puramente científica, de este proceso de revisión argumental, pues de permanecer la actual inseguridad interpretativa los costes de conflictividad judicial y, por tanto, de gestión, pueden ser elevados.

Para llegar a estos resultados conforme a un sereno, detenido y reflexivo discurso argumental, el autor previamente analiza la configuración funcional y estructural de estos sistemas conforme a su práctica más consolidada –tipo económico–, al objeto de acreditar cómo su intrínseca polifuncionalidad no perjudica, si son modalidades o vertientes reales de SOs, su instrumentación al servicio de una política retributiva del personal basada en el paradigma de la eficiencia. Después ofrece un selectivo, pero muy significativo, recorrido por la regulación de estos planes de incentivación opcional en los diferentes sectores normativos que los contemplan, como son el societario, el regulador del mercado de valores y el tributario. Sólo una vez identificado plenamente el modelo de regulación de estos sistemas en estos ámbitos jurídicos «extralaborales» se adentra en el estudio de los datos normativos proporcionados por el actual modelo de regulación salarial, que ofrece una imagen notoriamente mutada respecto del pasado.

---

## Sumario:

---

### I. Prenotando.

1. Cambio de escenario: del juicio moral al juicio jurídico sobre una realidad económica.
2. «Laboralización» de los incentivos opcionales: el discreto proceso de generalización a empleados no directivos.
3. Una opción de técnica reguladora: la atipicidad de los incentivos opcionales es una decisión de política del derecho favorable a su regulación extralegislativa.
4. Actualidad de un problema clásico: la calificación de los incentivos opcionales como problema interpretativo de la causa de las atribuciones patrimoniales.
5. Punto de vista y justificación de este estudio: la debilidad del control de consistencia realizado por la doctrina legal respecto a los incentivos opcionales.

### II. Los *stock options plans* como sistemas de retribución eficiente: práctica económica y regulación jurídica.

1. Caracterización sistemática de las *stock options* en las políticas retributivas de las sociedades de capital: funcionamiento económico y estructura jurídica.
  - 1.1. Incardinación de las opciones de compra: el paradigma de la eficiencia retributiva en el nuevo modelo de gobierno societario (*corporate governance*).
  - 1.2. La polivalencia causal de los *Incentives Stock Options*: inescindibilidad entre «función retributiva» y «función fiduciaria» (fidelización).
  - 1.3. Limitaciones funcionales de las SOs: la sujeción del juicio de racionalidad económica a la concurrencia de determinados presupuestos jurídicos.
  - 1.4. Rasgos definidores de la estructura jurídica de los incentivos opcionales: las *stock options* como negocio jurídico complejo.

2. El régimen legislativo español de la retribución opcional: un modelo desregulador exigido por la eficiencia y condicionado por la transparencia.
  3. Calificación fiscal y régimen tributario de las remuneraciones opcionales para empleados: el ejemplo de una política correctora no desincentivadora.
- III. Una nueva atribución para un nuevo modelo de regulación salarial: participación retributiva y salario a riesgo.
1. Tendencias actuales de la política retributiva: los ESOPs como paradigma de la remercantilización del salario.
  2. La dimensión funcional del salario: relatividad y evolutividad de las nociones jurídico-estipulativas sobre remuneración del trabajador.
- IV. La calificación salarial de la retribución opcional por la jurisprudencia: un cuadro de luces y sombras.
- V. La posición crítica: ¿una nueva «fuga» del contrato de trabajo?
- VI. Réplicas y apostillas: la presunción de salario afecta a todas las variantes de SOs retributivas.
- 1.º La polivalencia funcional se reconduce a la complejidad causal del salario: las opciones son retribuciones especiales en razón de su concausa específica.
  - 2.º Legalmente son salariales las remuneraciones mediatamente conectadas con el trabajo: los incentivos opcionales como forma de remuneración indirecta.
  - 3.º Existe identidad de sujetos entre el contrato de opción y el de trabajo: no hay «pago por tercero» cuando la referencia es la cotización del grupo.
  - 4.º La garantía de efectividad de la norma laboral: la presunción legal de salario es aplicable a todas y cada una de las modalidades de SOs retributivas.
  - 5.º El plus de riesgo o *alea* convencional introducido por la concesión opcional responde al carácter dispositivo de la ordenación de la estructura salarial.

- 6.º Los incentivos opcionales son reconducibles a los complementos salariales participativos de la «situación financiero-patrimonial» de la empresa (en grupo).
- 7.º Las SOs retributivas constituyen siempre salario, salvo prueba en contrario, pero no todas sus modalidades se configuran como salario en metálico.

## VII. Reflexión final.

*El legislador moderno no encuentra conceptos jurídicos ya dispuestos para los problemas que tiene que solucionar, conceptos que le bastará desarrollar según sus consecuencias; el legislador busca normas adecuadas para satisfacer, tras ajustada consideración, las necesidades vitales históricamente dadas e incluso condicionadas por factores intuitivos.*

Ph. HECK. *El problema de la creación del derecho*.  
Granada. Comares. 1999, pág. 52.

## I. PRENONTANDO

### 1. Cambio de escenario: del juicio moral al juicio jurídico sobre una realidad económica.

Una vez acallada la «alarma social» generada por la irrupción en nuestro país de los planes de *opciones de compra sobre acciones* («*stock options plans*»), y colocados en un ciclo «bajista» en el mercado de valores bursátiles, el protagonismo de los actores y «fuentes» que integran la denominada *Opinión Pública* ha sido desplazado por los sujetos y fuentes que integran lo que podríamos denominar, en sentido lato, «*Opinio Iuris*» o Comunidad Jurídica. La promulgación en fechas recientes de varias disposiciones legislativas y reglamentarias, por un lado, y la elaboración de una importante, aunque polémica, doctrina legal, que califica de salarial las *SOs* de los empleados, por otro, determina un desplazamiento del centro de atención del debate hacia la reflexión jurídica, necesaria para salir del coyunturalismo u oportunismo político-social hasta ahora dominantes, y que incluso ha estado presente en la introducción del actual régimen jurídico español <sup>1</sup>.

En efecto, puesto que diferentes son las consecuencias socio-económicas, los sujetos implicados en esta política retributiva y de gestión del «personal clave» en la empresa dirigen su mirada, atenta y expectante, hacia las diferentes opciones abiertas para la comprensión jurídica de este sis-

<sup>1</sup> Como se recordará, la regulación se ha realizado al calor de las críticas desplegadas, en 1999, frente a determinados planes elaborados en favor de los directivos del Grupo Telefónica. Sin embargo, «procede combatir todo criticismo indiscriminado y reorientar el debate hacia su marco estrictamente técnico, desprovisto de cargas y prejuicios ideológicos...». *Vid.* J. IBÁÑEZ. *Stock Options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*. Madrid. Dykinson. 2000. Pág. 184.

tema retributivo, tan característico de «nuestro tiempo» como ambiguo y de suerte incierta. Qué duda cabe que el sentido de política del derecho que asuma tanto el legislador como, en menor pero en todo caso significativa medida, la jurisprudencia, será determinante para salir del *impasse* en que actualmente están sumidos estos planes <sup>2</sup>.

No cabe duda de que cualesquiera que sean las razones que estén en la base del éxito de estos planes, en gran medida producto de la globalización económica, con su corolario de transnacionalización de las empresas, y cualquiera que sea la naturaleza jurídica asumida por sus estructuras contractuales, es claro que su progresiva ampliación genera significativos problemas de adaptación de esta nueva realidad a las normas preexistentes. Por eso, en un momento en el que el análisis costes/beneficios marca buena parte de las iniciativas legislativas y de las formulaciones jurídicas, debe tenerse en cuenta que el fomento de los estudios tanto de doctrina como de jurisprudencia sirven, si son serios, para reducir los enormes costes informativos que existen sobre estos sistemas.

## 2. «Laboralización» de los incentivos opcionales: el discreto proceso de generalización a empleados no directivos.

Ahora bien, no sólo el sistema de fuentes, y por tanto los estudiosos y analistas, del Derecho Mercantil y del Derecho Tributario están llamados a hacer las cuentas con este moderno sistema de retribución. En efecto, ya sea por la creciente confianza sobre su eventual eficacia en orden a mejorar la competitividad y la rentabilidad de la empresa («salarios de eficiencia»), ya sea, sobre todo, por un intento de buscar un mayor consenso social sobre retribuciones que, originariamente reservadas a determinado «personal clave» de la empresa, han generado prácticas polémicas desde un punto de vista social y económico, tales sistemas han comenzado a reconocerse al conjunto de trabajadores («salarios de equidad») <sup>3</sup>.

Sin perjuicio del evidente efecto de señuelo democrático subyacente, como ya sucediera en su día con el no menos polémico debate sobre el «accionariado obrero», en la base de esta política de discreta generalización de tales sistemas de retribución, basados *grosso modo* en la participación del trabajador en las plusvalías bursátiles de la sociedad, se encuentra una doble finalidad. Por un

<sup>2</sup> Lo que en el actual contexto de globalización económica y de favor por las políticas monetarias parece harto improbable, aunque se precise devolver las aguas a su cauce. Para la actual situación de incertidumbre *vid.* A. LINARES. «Opciones sobre acciones: del boom a la incertidumbre». *Cinco Días*, 18-12-2001, Secc. Opinión, pág. 15. Conviene tener en cuenta, no obstante, que estamos ante una forma de retribución del denominado «personal clave» de las grandes empresas que cuentan, en el mundo angloamericano, con varias décadas de historia y, por tanto, con una importante experiencia práctica y legislativa.

<sup>3</sup> Con la «aquiescencia» de los accionistas «ante los pingües beneficios que proporciona la mayor parte de los programas retributivos en opciones», la problemática social generada por aquellos programas encuentra hoy su fundamento «merced a consideraciones de orden tributario (si bien hoy mitigadas por el cierre progresivo pero inexorable de un cerco en torno a los privilegios de los perceptores)» y «de orden laboral (parece inevitable una extensión generalizada de los programas a plantillas enteras...)». *Vid.* J. IBÁÑEZ. *op. cit.* pág. 286.

lado, la búsqueda de modelos de gestión empresarial más eficientes, por otro, la convergencia de los intereses de un número progresivamente mayor de personas implicadas en la actividad de la empresa, los denominados *stakeholders*, entre los que se incluyen los trabajadores, con los intereses económicos de sus titulares (principio de participación eficiente) <sup>4</sup>.

De este modo, los planes de retribución opcional a «trabajadores», ya restringidos a sujetos que participan de la dirección (*Executive Stock Options Plans*), ya afecten a empleados no directivos (*Employee Stock Options Plans*), emergen en nuestros días como uno de los principales sistemas de remuneración variable y participativa de la prestación de servicios profesionales, basados principalmente en su capacidad motivadora o incentivadora (salario-incentivo). De nuevo, un proceso de «socialización» de una institución típicamente iusmercantilista, expresiva de un tratamiento remunerador selectivo y preferencial para determinados trabajadores, conlleva una paralela laborización de su régimen jurídico.

Sea cual sea la opción interpretativa adoptada, lo que no parece dudoso es que los derechos de opción de compra sobre acciones, en cuanto forma de retribución aplicada y aplicable en una empresa, evidencia ya una vertiente o perfil laboral que hace ineludible la reconstrucción y clarificación de su estatuto regulador en este ámbito. A este respecto, qué duda cabe que la obtención de un régimen socio-laboral favorable se revela como un elemento determinante del éxito de estas políticas retributivas, pues puede, en una economía globalizada, incentivar o desincentivar su implantación e, incluso, determinar la movilidad, si no de las empresas, como sí ocurre con el régimen fiscal, sí de altos directivos y trabajadores cualificados (ej. efecto deslocalizador; reglas de competencia reguladora...).

Ahora bien, como veremos, lo más importante para juzgar la racionalidad y eficiencia de un sistema remuneratorio de este tipo para el personal de la empresa es contar con una ordenación clara y precisa que, fijando las reglas de juego, regule el tratamiento jurídico de las opciones con arreglo a su naturaleza jurídica y económica. Sin embargo, no existe norma legal que contemple expresamente esta *atribución patrimonial*, ni tan siquiera contamos, con alguna excepción, con una ordenación convencional significativa, por lo que al día de hoy incumbe al intérprete trazar los elementos principales de su disciplina <sup>5</sup>.

<sup>4</sup> En realidad, en una época de creciente capitalización bursátil de las empresas, así como de notable incremento de la cultura de inversión financiera de los ciudadanos, la promesa de una potencialmente ilimitada cuantía, aunque por lo mismo incierta, de estos sistemas de incentivación retributiva explicaría su «popularización» en el más inmediato futuro entre los trabajadores de las empresas cotizadas. Como luego veremos, no es sólo el imperio del paradigma de la eficiencia retributiva el que explica el proceso de extensión progresiva de los planes de incentivación mediante ISOs, sino también la denominada «fidelización» laboral y/o patrimonial de los recursos humanos estratégicos. Vid. B. ARRUÑADA. *Teoría contractual de la empresa*. Madrid. 1998. pág. 273.

<sup>5</sup> Vid. para este lamento de una regulación específica y de un estudio jurídico riguroso la STSJ de Madrid, 22-2-2001, rec. 4759/2000, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros. n. 219. 2001.

### 3. Una opción de técnica reguladora: la atipicidad de los incentivos opcionales es una decisión de política del derecho favorable a su regulación extralegislativa.

Partiendo de las innegables deficiencias de regulación legislativa de las *stock options* en nuestro derecho, pues persisten importantes «lagunas de regulación» en el tratamiento societario, y en general en el área jurídico-privada de este tipo de negocios jurídicos complejos, es un lugar común en la doctrina lamentar el absoluto silencio que al respecto guardaría, al menos en una primera lectura, el legislador laboral. Precisamente, a esta omisión de referencia expresa alguna habría que responsabilizar mayormente de la elevada dosis de «inseguridad jurídica» existente, pues los conceptos generales se revelarían inadecuados para dar respuesta a la complejidad funcional y estructural del nuevo sistema de remuneración participativa en el «riesgo y ventura» de la empresa <sup>6</sup>.

La situación normativa resulta menos obvia de lo que estos análisis evidencian y requieren, a nuestro juicio, mayores matizaciones. El punto de partida para sugerir este diverso planteamiento nos lo suministra, además de la valoración de la opción de política del derecho resultante del actual modelo regulador global existente en esta materia, una reciente afirmación realizada por el legislador reglamentario. En efecto, para el redactor de la EM del RD 1370/2000, 19.7, una vez que se han introducido las correspondientes correcciones fiscales y reformado aspectos conexos del derecho de sociedades, en virtud de la Ley 55/1999, con esta normativa complementadora del régimen de transparencia, y frente a una difundida opinión doctrinal en contrario, «puede afirmarse con toda propiedad que se ha completado en nuestro ordenamiento jurídico una regulación global de los citados sistemas retributivos, que sin duda redundarán en la transparencia y eficiencia de los mercados» <sup>7</sup>.

Al margen de la crítica que es posible realizar a tan autocomplaciente aseveración, que desdeña el papel del régimen jurídico laboral, no justificable por el ámbito societario en el que se enmarca la regulación (retribución de administradores y directivos), es posible extraer una conclusión de política del derecho cuya relevancia no es nada desdeñable en cambio para el iuslaboralista: la falta de una regulación de los aspectos calificadorios y sustantivos en el ámbito privado no implicaría insuficiencia reguladora sino favor por un modelo de autorregulación, basado en la *primacía de las reglas de derecho dispositivo, societario y contractual*. O lo que es lo mismo: más allá de las reglas de corrección fiscal de una ganancia excesiva, de legitimación estatutaria y de transparencia, lo que los incentivos opcionales sean jurídico-privadamente y su disciplina *habrá de buscarse en las fuentes extralegislativas*.

<sup>6</sup> Vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO. «Participación de trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas». *RDM*, n. 234. 1999. Pág. 1392. En el mismo sentido F. PÉREZ DE LOS COBOS. «Implicaciones... *op. cit.*» pág. 61. Deficiencia que aún sería mayor si se compara con la desarrollada legislación francesa y su amplia regulación de la negociación colectiva, en el marco de los acuerdos de participación de los trabajadores previstos en los artículos 442.1 y sgs. *Code du Travail*.

<sup>7</sup> Vid. EM RD 1370/2000, 19.7, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisición por éstas de acciones propias parece discrepar abiertamente.

El sistema jurídico-laboral contaría, desde esta perspectiva normativa de remisión al derecho legislado preexistente (*ius commune*) y al derecho dispositivo, con reglas suficientes para una significativa ordenación, aunque ciertamente no la más coherente ni completa. Por tanto, que no exista referencia expresa en las normas laborales no querría decir que estas formas retributivas puedan considerarse ajenas ni a la *voluntas legislatoris* ni mucho menos a la *voluntas legis* sino que, acorde plenamente con la opción marcadamente desreguladora de la estructura salarial formalizada por el legislador del '94, el legislador remite al juez la decisión en cada caso (*case law*). Pero para que éste pueda realizar esta labor de integración requerida debe contar muy de cerca con la regulación convencional colectiva, si la hay, o, como más probable en la política retributiva que nos ocupa, a la regulación convencional contractual (art. 26.3 LET). Ni la existencia de una regulación completa garantiza el éxito y la eficacia de la misma, como ilustra el caso francés, ni la ausencia de una tipificación legislativa *ex profeso*, impide soluciones razonablemente seguras, al menos no menor que las que proporcionaría una intervención *ad hoc* <sup>8</sup>.

En definitiva, el legislador ha delegado (*deslegalización*) en la autonomía privada, primero en la colectiva y, en su defecto, en la individual, la proyección de las exigencias organizativas de la empresa en la ordenación de la estructura salarial. A través de esta opción de política (des)reguladora ya dejó indicadas cuáles son para él las vías principales en orden a formalizar jurídicamente la instrumentalización del salario, al servicio tanto de las razones personales (dimensión social) como de organización empresarial (dimensión económica).

#### 4. Actualidad de un problema clásico: la calificación de los incentivos opcionales como problema interpretativo de la causa de las atribuciones patrimoniales.

Acabamos de ver que, por encima de la evidente atipicidad legislativa o falta de *nomen iuris* en la legislación laboral, el encuadramiento de los sistemas de remuneración por incentivos opcionales en el concepto legal de salario pasa por ser un problema eminentemente interpretativo. Más que a la falta de referencia legislativa explícita –dogma de la integridad del ordenamiento propio de la codificación decimonónica– las dificultades de calificación se deben a la propia complejidad –diversidad estructural y polivalencia funcional– de esta novedosa figura de ingeniería jurídico-retributiva que, desde un punto de vista técnico, impediría una respuesta unívoca, válida para todos los casos, así como a la técnica definitoria elegida por nuestro legislador para delimitar el concepto de salario.

La aparición de estos sistemas retributivos, en realidad, no haría nada más que actualizar un problema que no por conocido resulta menos difícil: la determinación de la naturaleza salarial o extrasalarial de una percepción económica. La opción por una *norma de textura abierta*, no por una *inútil «norma definitoria en blanco»*, dificulta pero no impide el análisis del jurista enfrentado a la

<sup>8</sup> La opción de política del derecho aquí evidenciada ha sido íntegramente asumida por la doctrina legal que nos sirve de referencia para la reflexión, que expresa una opción favorable a la «*autonomía normativa de la empresa*». Vid. A. SUPIOT. *Critique du droit du travail*. PUF. 1994. En este caso a través del protagonismo interpretativo concedido a «las normas del Employee Stock Option plan 1998 Aegón-Unión Aseguradora-Tems and conditions (en su versión inglesa)».

proliferación de «zonas grises», entre las que se encuentran los incentivos opcionales. La clarificación de una situación calificada, con buenas razones, como de «jungla retributiva» deberá venir de la mano, pues, de la propia práctica social, a la que el legislador remite, no sólo para complementar sino para mantener continuamente actualizado el catálogo de partidas retributivas consideradas como salariales, de modo que torna actual la clásica *búsqueda de la causa específica de la atribución patrimonial*<sup>9</sup>.

Por tanto, es imposible pretender racionalizar normativamente esta institución en los términos rígidos y rigurosos de la relación intersubjetiva característica del tradicional contrato de intercambio, por tanto al margen de su dimensión organizativa (vg. el salario como técnica de integración y control social, de gestión de personal, de regulación del sistema...). Los incentivos opcionales no pueden comprenderse fuera de su consideración como un *instrumento jurídico para la canalización de determinadas estrategias de gestión eficiente del personal, aproximando la zona del contrato al mundus de la empresa-sociedad* (o grupo), y del mercado (de valores).

##### **5. Punto de vista y justificación de este estudio: la debilidad del control de consistencia realizado por la doctrina legal respecto a los incentivos opcionales.**

Como en cualquier otra institución jurídica, la configuración jurídica de una determinada partida retributiva pasa por analizar tanto los aspectos de técnica jurídica como los de política del derecho, lo que puede explicar el fortísimo contraste de opiniones que existe en este momento en relación a la calificación de los sistemas de retribución opcional como salariales o extrasalariales, hasta el punto de que la propia Sala de lo Social ha sido incapaz de ponerse de acuerdo, una vez más, en este punto<sup>10</sup>. El problema surge cuando la atención sobre este aspecto –externo– se impone al primero –interno–, desnaturalizando o invirtiendo en gran medida el análisis estrictamente jurídico, de modo que la respuesta del jurista responda a una utilización «interesada» del dato normativo, forzando su sentido, al servicio de sus preferencias, confundiendo el aspecto *lege data* con el *lege ferenda*.

Realmente, con esta cautela, lo que pretendemos recordar es que el Derecho del Trabajo no es una pura variable de la Economía (Derecho Eficiente) ni tampoco de la Ética (Derecho Justo). Aunque el juicio del intérprete jurídico no puede desconocer ni los juicios económicos ni los juicios ético-sociales, especialmente respecto de una práctica retributiva tan económicamente condicionada, en modo alguno puede agotarse en ellos, mucho menos subordinarse a ellos, sino que ha de buscar su propia regla a través de un complejo proceso de comprensión del «texto» legal en su «contexto» normativo y en su práctica económica.

<sup>9</sup> Para un análisis renovado de la evolución y estado actual del problema, evidenciando que no obstante «una gran amplitud, capaz de abarcar un amplio abanico de atribuciones patrimoniales que realiza el empresario al trabajador, *otorga una relativa seguridad jurídica* frente a la determinación de las atribuciones patrimoniales que –dentro de la relación laboral– tienen naturaleza salarial», por todos, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS. *Configuración jurídica del salario*. Comares. Granada. 2001. Pág. 116.

<sup>10</sup> No hay ni un solo autor que se atreva a descartar con claridad la calificación de salario.

Si nos permitimos hacer este breve «excursus» de teoría jurídica es porque creemos que esta deriva ideológica de la labor del jurista está excesivamente presente en la mayor parte de los estudios realizados al respecto. Más aún y lo que es peor: creemos que ha condicionado en exceso las soluciones dadas por los Tribunales, incluido el TS, tanto en el voto mayoritario como en el voto particular. A mi juicio, buena parte de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales, además de inseguras en su práctica totalidad, responden más que a un detenido análisis técnico-jurídico a un prejuicio <sup>11</sup>.

En el plano de los estudios doctrinales, y salvo contadas excepciones, el temor a las disfunciones (ineficiencias) que eventual o pretendidamente provocaría para las políticas de gestión de personal su calificación como salario, llevaría a proponer, aun reconociendo lo muy discutible de la cuestión y la existencia de importantísimos argumentos a favor de la tesis salarial, su calificación como extrasalarial (primado del juicio de eficacia –observación sociológica– sobre el juicio normativo –observación dogmática–) <sup>12</sup>. En el plano del análisis jurisprudencial, la crítica es pertinente porque habiendo decidido de antemano qué es salario (voto mayoritario), o qué no lo es (voto particular), el «control de consistencia» de la configuración salarial o extrasalarial en el sistema jurídico vigente adolece en ambos casos de una extraordinaria pobreza argumental, tratándose más bien de afirmaciones apodípticas, privadas del necesario recorrido hermenéutico (vicio de autosuficiencia).

Consecuentemente, echamos en falta el necesario proceso de fundamentación hermenéutica –incluso dogmática– de la decisión que permita introducir una dosis de razonable certeza en un ámbito donde la característica dominante es, pese a los loables esfuerzos de unos y de otros, la inseguridad, lo que no sólo es imputable al legislador y a la complejidad tipológica de la figura, como vimos, sino también a la deficiente técnica jurídica empleada, particularmente evidente y reprobable en la «doctrina legal». Quizás para el jurista práctico esta crítica pudiera parecer carente de sentido por cuanto la afirmación de una doctrina legal al respecto, correcta o incorrecta, mejor o peor fundada, obligaría a «estar y pasar» por ella, vinculando al resto de Tribunales y al propio TS para decisiones futuras.

Pero, a nuestro juicio, este inicial desinterés estaría totalmente alejado de la realidad, pues estamos ante una exigencia práctica de primer orden. La fuerte auto-restricción que el propio TS ha reservado a su doctrina, no sólo por la típica consideración de «justicia del caso concreto» que tienen los fallos judiciales, sino por la renuncia expresa del Alto Tribunal a formular una respuesta capaz de una mínima generalización, pone las bases más que para zanjar para relanzar o reabrir con intensidad el debate, incluso en sede judicial.

Consecuentemente, si la solución formulada, además de ser polémica, no resulta convincente, no es aventurado temer que puedan darse múltiples conflictos judiciales con la simple invocación de la concurrencia de diversas condiciones de diseño y ejecución de cada modalidad, incluso de las

<sup>11</sup> En este sentido, no cabe confundir el inexcusable «factor de la precomprensión», clave decisiva de toda opción interpretativa con la «comprensión» misma de la regla jurídica aplicable, limitándose a sustituir o intercambiar la voluntad de la norma por la voluntad del intérprete. Vid. H.L. HART. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires. 1995.

<sup>12</sup> De «riesgo particularmente grave» para las empresas ha sido calificada esta posibilidad de que se asentara una jurisprudencia que tomara posición por el carácter salarial de las *stock options*. Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS. *op. cit.* pág. 62.

condiciones particulares de cada beneficiario. Resulta ineludible, pues, revisar el «control de consistencia» realizado por el TS respecto de los ESOPs, con vista a suministrar una mejor fundamentación para justificar, a partir de los objetivos perseguidos por la regulación, una propuesta de solución más cierta. Esta tarea no responde a una pura tarea intelectual, tanto del gusto de los profesores como reprobada por los prácticos, pues el esfuerzo de comprobación sistemática de la solución cumple funciones prácticas importantes <sup>13</sup>.

Sin perjuicio de la evidenciada autonomía conceptual y normativa, siempre relativas, de la regulación iuslaboral, este sector no puede prescindir del conocimiento de los principales elementos estructurales y funcionales que conforman esta nueva forma retributiva –«tipo económico» u «observación empírica»–. Asimismo, precisa conocer las principales líneas que integran el modelo de regulación jurídica hoy vigente («observación normativa») <sup>14</sup>.

## II. LOS *STOCK OPTIONS PLANS* COMO SISTEMAS DE RETRIBUCIÓN EFICIENTE: PRÁCTICA ECONÓMICA Y REGULACIÓN JURÍDICA

### 1. Caracterización sistemática de las *stock options* en las políticas retributivas de las sociedades de capital: funcionamiento económico y estructura jurídica.

*1.1. Incardinación de las opciones de compra: el paradigma de la eficiencia retributiva en el nuevo modelo de gobierno societario (corporate governance).*

El referido proceso de generalización de su uso responde a la convicción sobre su *mayor capacidad de incentivar la implicación del personal «clave» en el aumento de la productividad y rentabilidad, incluso financiera, de la sociedad*, potencialmente superior a otras retribuciones basadas en la participación en el capital–ej. entrega directa de acciones– <sup>15</sup>. A estos efectos, creemos de especial utilidad para la comprensión del significado y alcance de esta novísima política retributiva destacar tres procesos económicos e institucionales:

<sup>13</sup> Como la de *estabilización* de la respuesta alcanzada; razonable *descarga judicial* en relación a nuevos eventuales conflictos (principio de economía procesal); de *control* de decisiones futuras (previsibilidad de la política judicial) y heurística o de *progreso* de los conceptos legales, en este caso del salario. Vid. R. ALEXU. *Una teoría de la argumentación jurídica*. CEC. Madrid. 1989. Págs. 253 y sgs.

<sup>14</sup> Sin perjuicio de que aquella autonomía relativa, junto a exigencias de coordinación, le permita posiciones de contraste, sin que ello afecte negativamente ni a la coherencia normativa del modelo ni a la eficiencia económica del sistema, siempre que se den las condiciones necesarias para ello, que no se vinculan estrictamente, como veremos, a su calificación jurídica.

<sup>15</sup> Esto sería así porque el coste para la empresa de la *retribución opcional* es inicialmente menor que la *retribución accionarial*. Vid. J.P. VALUET. *Stock options*. París. 1997; X. TUSQUET. *La remuneración de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid. 1998.

- 1.º Primado del *paradigma de la eficiencia* en la delimitación de los sistemas de retribución de los administradores.

Para la ciencia de la gestión corporativa, el sistema de remuneración más adecuado es aquel que optimice la contribución de los administradores y directivos a la maximización del valor patrimonial de la empresa. Por lo tanto, es necesario apostar en la política retributiva de la sociedad respecto de los administradores, y en general respecto del denominado «personal clave»<sup>16</sup> para la gestión competitiva y rentable de la misma, por sistemas remuneratorios adecuados para incentivar la participación activa en la creación de este valor añadido, variando sus cuantías y, en buena medida, también sus finalidades, en atención al grado de participación de los beneficiarios en los objetivos económicos.

- 2.º Creciente difusión del modelo económico y político de gestión basado en los principios, reglas e instituciones de la «*Governance Corporate*».

Aunque no existe acuerdo sobre el alcance concreto de este modelo, ciertamente hegemónico entre las grandes sociedades cotizadas, por tal se suele entender todo sistema de gobierno corporativo basado en la maximización del valor de la empresa en favor del socio u accionista (*pro socio*). De este modo, todos los instrumentos de regulación y control de la gestión societario-empresarial irían orientados a este objetivo de crecimiento<sup>17</sup>.

El notorio incremento de los llamados *deberes fiduciarios* o *de lealtad* del personal de gestión, administradores (Board of Directors) y «altos directivos» (Managers o Executive), debería encontrar la necesaria *compensación retributiva*, para lo que se busca la definición de sistemas remuneratorios más incentivos. Desde esta perspectiva, no puede extrañar que un capítulo obligado del análisis de la *corporate governance* se centre en la *ordenación de los sistemas retributivos* y, en particular, en los *stock options plans*<sup>18</sup>.

- 3.º La valoración de los impropriadamente llamados «recursos humanos» o «*capital humano*» como un factor estratégico para la rentabilidad de la empresa.

Los denominados *shareholders* (propietarios de la empresa) no están solos. Por tanto, no sólo su interés puede tenerse en cuenta en el gobierno eficiente de la empresa, sino que debe satisfacer igualmente los intereses de los *stakeholders* (sujetos contractualmente comprometidos con la empresa), de los cuales ésta necesita pero que tienen, al mismo tiempo, «interés» en extraer de tal compromiso un rendimiento. Los *stakeholders*, entre los que

<sup>16</sup> Ej. el Plan de PULEVA, S.A (*Folleto informativo completo. Moldeo RV de ampliación de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente*, 13-9-1999).

<sup>17</sup> Tal y como se han encargado de reflejar los denominados «Códigos de Buen Gobierno», gradualmente asumidos, no obstante su ambigüedad, por la práctica totalidad de las Sociedades Cotizadas. El más difundido en España fue aprobado en febrero de 1998, elaborado por una Comisión presidida por Olivencia y auspiciada por el Gobierno. Vid. MEH. *El gobierno de las sociedades*. Madrid. 1998.

<sup>18</sup> Puede verse con carácter global la «Presentación» de G. ESTEBAN VELASCO al libro colectivo Aa.Vv. (Coord.: G. Esteban). *El gobierno de las sociedades Cotizadas*. Marcial Pons. Garrigues & Andersen. Madrid. 1999.

están los trabajadores, son todos actores necesarios para la creación de valor en la empresa, por lo que es preciso negociar con cada uno de ellos su aportación y, por tanto, su remuneración <sup>19</sup>.

En este contexto, la proyección práctica de esta teoría de la creación de valor para el accionista pasará, pues, por la creación de una política de incentivos adecuados, primero para los directivos, después para todo el personal que resulte especialmente valioso para la empresa por sus cualidades o competencias. Consecuentemente, a través del instrumento técnico-jurídico y económico de los ESOPs el paradigma remunerador del denominado cada vez más como «capital humano», y su modelo regulador, tenderá progresivamente a aproximarse al paradigma retributivo, por tanto al modelo de (auto)regulación del «capital financiero». No se trata, pues, sólo de una nueva forma de remuneración variable y participativa, sino que expresa paradigmáticamente una política de gestión del personal asentado sobre los imperativos de la rentabilidad del capital y la competitividad de la empresa en una economía de mercado globalizada <sup>20</sup>.

### 1.2. La polivalencia causal de los **Incentives Stock Options**: *inescindibilidad entre «función retributiva» y «función fiduciaria» (fidelización).*

En este sentido, si pocos economistas y analistas financieros dudan de la función básicamente remuneradora e incentivadora (retribución-incentivo) de tales sistemas, no menos claro resulta que al mismo tiempo se persiguen otros objetivos nada desdeñables y que, sin duda, inciden en su estructura jurídico-contractual y en los términos de su regulación estatutario-corporativa y extra-contractual (régimen convencional, general y particular). Así, junto a la búsqueda de una mayor convergencia de intereses mediante «fidelización», laboral o patrimonial, se suma la experimentación de formas alternativas de remuneración-ahorro, la concesión de beneficios sociales o «*fringe benefits*»...

Como *técnica retributiva*, las *stocks options* representan un sistema de remuneración estrictamente funcional a las políticas retributivas basadas en la búsqueda de sistemas no sólo eficientes sino también, al menos pretendidamente, equitativos, primero para administradores de las sociedades de capital, después para gestores o altos directivos y, finalmente, para empleados. *Eficientes* porque buscan la mejora de la ventaja competitiva (cuota o posición de mercado) y la rentabilidad del factor humano (incremento del valor de las acciones): reducción de determinados costes de agencia. *Equitativas* porque presuponen igualmente un reparto óptimo de ganancias entre los sujetos creadores de riqueza, al tiempo que procura incrementar la seguridad de sus

<sup>19</sup> Según una concepción contractualista de empresa propia de los economistas norteamericanos del denominado movimiento neoinstitucionalista. Vid. F. BANCEL. *La gouvernance des entreprises*. Económica. 1997.

<sup>20</sup> En la doctrina económica este modelo se resume en las «hipótesis de incitación». Vid. P. DESBRIERES. *Participation financière, stock-options et rachats d'entreprise para les salariés*. París. 1991.

cargos y empleos: el establecimiento de un plan vinculado al rendimiento incentivaría la creación de valor de la empresa y la confianza de unos y otros en el programa, con la consiguiente estabilidad de políticas y puestos <sup>21</sup>.

La causa del otorgamiento o reconocimiento de los derechos opcionales, se traduzcan en derechos de liquidación del sobrevalor o en derechos de ejecución de contratos de compraventa sobre acciones, se identificaría con una *contraprestación* dada por la empresa en pago de la recepción de una ventaja o beneficio por parte del beneficiario. Esta contraprestación se caracterizaría por ser altamente indeterminada pues está sujeta al riesgo de volatilidad del precio de los activos subyacentes y por no mostrarse siempre proporcionada entre la aportación profesional del beneficiario y el rendimiento recibido. Por eso, la «equidad» o equivalencia (conmutatividad) de las opciones como contraprestación remuneratoria exige teóricamente valorar el equilibrio existente entre «utilidad patrimonial individual» y el interés general de la sociedad de capitales. Por lo que el coste del programa debe ser racional y asumible por la empresa, y el control del rendimiento eficaz, medido en términos de valor real o crecimiento patrimonial <sup>22</sup>.

Pero de este modo, queda claro que las *stock options* no sólo incentivan un mayor rendimiento como vía para incrementar el valor de la sociedad, sino que al mismo tiempo pretenden facilitar el *alineamiento* o convergencia de intereses entre propiedad y gestión. En realidad, lo que parece evidenciarse de este somero análisis es la imposibilidad de diferenciar, en el plano funcional o causal de los ISOs, una función general retributiva y una función específica de implicación o alineamiento de intereses, pues son *diseñados tanto para incentivar (retribuir) como para retener (fidelizar)* <sup>23</sup>.

De este modo, se explica que el diseño de los sistemas de incentivo basados en derechos de opción suele incorporar un amplio elenco de cláusulas, a través de las cuales se persigue realizar aquel objetivo de compromiso. Pero igualmente, en esta misma dirección de clientelización o fidelización a la empresa, los sistemas de remuneración mediante prestaciones opcionales se han instrumentalizado en el marco de sistemas de ahorro a largo plazo, actuando como alternativa de planes de pensiones o sistemas de ahorro y previsión social singulares <sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Sus críticos, sin embargo, conciben los planes como un simple medio de retribución diseñado «por y para» el Consejo, a modo de autocontrato o autorretribución. La retribución en SOs perdería de vista, a su juicio, «el concepto del justo precio o de justa retribución». Vid. para una síntesis de las críticas. J.P. VALUET. *Stock options. op. cit.* pág. 6.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, la recomendación 150 del Código de Buen Gobierno (Código Olivencia de 1998) recogerá con claridad que la política de remuneración, si bien referida a los consejeros, además de ajustarse a criterios de transparencia y moderación, deberá estar siempre en «relación con los rendimientos de la sociedad» y, consecuentemente, con la situación de la empresa.

<sup>23</sup> A través de las denominadas obligaciones de fidelidad (planes de fidelización) se traduce la relevancia que las sociedades conceden al compromiso personal del beneficiario con la empresa, en cuanto una adecuada garantía para mejorar el rendimiento futuro de gestores y trabajadores particularmente «valiosos» es propiciar una mayor vinculación del perceptor a la suerte de la empresa incluso antes del cobro del incentivo.

<sup>24</sup> Tanto es así que en los EEUU se ha llegado a emplear el sistema de SOs como instrumento útil para remunerar más allá del término de la vida profesional o laboral, clientelizando a los antiguos ejecutivos y permitiéndoles, llegada la edad de jubilación, continuar asesorando o prestando servicios especiales en la empresa, eludiendo la sujeción a determinadas reglas del ordenamiento social relativas a la obligatoriedad de la misma (ej. planes de jubilación fidelizada). Vid. Secciones 407 y 497 de la *Employee Retirement and Income Security Act* (ERISA) norteamericana de 1974. Cfr. A. ALAIMO. *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo*. Milán. 1998. págs. 60 y sgs.

La práctica conoce, pues, la difusión de una amplísima gama de programas mixtos, especialmente en las experiencias norteamericana y británica, en las que vienen proliferando posibilidades combinatorias de sistemas remuneratorios opcionales, no opcionales y fidelizadores concedidas por sus empresas que desbordarían, con creces, la más fantástica imaginación de cualquiera de los «ingenieros financieros» de décadas precedentes. De este modo, se ordenan convencionalmente una legión de modalidades de opciones de compra que se aplican a distintos grupos de personas, según su escalafón empresarial, o incluso a personas individuales, haciendo imposible su calificación jurídica unitaria, tal y como reconoce la propia doctrina legal pero sin realizar mayor esfuerzo diferenciador, lo que es un factor de incertidumbre aplicativa <sup>25</sup>.

Desde este perfil funcional, interesante es llamar la atención sobre la existencia de diferentes modalidades atendiendo al colectivo de personas potencialmente beneficiarios, pues la divergencia de posiciones, relaciones y participación no son indiferentes a la hora de su calificación. Existen, sin embargo, determinadas líneas comunes como corresponde a una política retributiva participativa que pretende reconducir la convergencia de todos en el interés social, identificado con el de los accionistas-propietarios de la empresa (en grupo) <sup>26</sup>.

### *1.3. Limitaciones funcionales de las SOs: la sujeción del juicio de racionalidad económica a la concurrencia de determinados presupuestos jurídicos.*

Aunque esta multifuncionalidad social y económica puede explicar el favor del mercado financiero en general, y de determinadas formas de gestión societaria en particular, como el tan citado paradigma del «corporate governance», un correcto análisis funcional de estos sistemas de incentiviación no puede dejar de señalar los graves peligros o significativas disfunciones que, al mismo tiempo, planean sobre ellos. Las ventajas de su implantación deben confrontarse, pues, con los evidentes costes socio-económicos que tal actividad conlleva inherentemente, que necesariamente deberán tenerse en cuenta por los responsables de definir y aplicar esta política retributiva.

Así, debe considerar dos grandes grupos de costes: los excesos o disfuncionalidades derivadas de una inadecuada regulación y distorsiones prácticas, por un lado, las limitaciones estructurales o ineficiencias inherentes al propio plan, por otro. En el primer grupo cabría mencionar tanto el

<sup>25</sup> Vid. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* págs. 74 y sgs.

<sup>26</sup> Así, se distinguen tres sistemas, dos de ellos especialmente relevantes para el moderno Derecho del Trabajo, en la medida en que sólo las relaciones profesionales articuladas sobre un vínculo orgánico –relación societaria de consejeros o administradores– o una relación de agencia, quedan excluidas ex artículo 1.3 LET: administradores (*Directors Stock Options Plans*); directivos (*Executive Stock Options Plans*), empleados no directivos (*Employee Stock Options Plans*). La expansión para este colectivo de trabajadores se revela especialmente tardía en nuestro país, si se atiende a la evolución del Derecho Internacional en materia de participación en el capital social de empleados, especialmente en la UE, aunque sus formulaciones legislativas son equívocas y escasas. La LSA permite que las *stock options* sirvan para remunerar a los trabajadores no directivos de la sociedad (*art. 75.1 LSA*). Los planes españoles suelen distinguir entre «altos directivos» y ejecutivos, excluyendo expresamente en ocasiones, por razones de claridad, a los consejeros o administradores. Vid. *Plan del Grupo Cortefiel. Folleto informativo completo*, VI, 2.3.2, Descripción del plan de *stock options*, 1-12-1999, que evita la cuestión contraponiendo «altos directivos» (excluyendo consejeros) y «responsables de departamentos de Cortefiel, S.A. o de cualquiera de sus filiales».

*riesgo de aprovechamientos inmorales y/o ilícitos* de las oportunidades societarias (illegal corporate opportunities), cuanto el *riesgo de divergencia de intereses* en la organización, con el consiguiente incremento de costes de agencia, generando un efecto justamente contrario: la alineación o convergencia de intereses de todos con el capital <sup>27</sup>.

En el segundo grupo de costes cabría incluir:

- a) *Costes económicos* inherentes al propio plan, tales como los costes de oportunidad y los costes de financiación.
- b) *Limitaciones estructurales*, al margen de cuál sea su concreto diseño y funcionamiento práctico. Entre estos elementos que revelan las ineficiencias estructurales del sistema destacamos:
  - elementos de asimetría retributiva, unos originados por la unilateralidad del derecho de opción y otros por falta de proporcionalidad –teórica ilimitabilidad del beneficio sin correlación precisa con el esfuerzo–;
  - el carácter electivo del derecho, además de perjudicar la conmutatividad de las posiciones de crédito, genera ciertas incertidumbres disfuncionales;
  - riesgo de liquidación negativa: valor intrínseco negativo (*out of the money*).
- c) Problemas de endeudamiento y liquidez relacionados con la financiación y distribución social de los beneficios ganados con SOPs <sup>28</sup>.

A la vista de estas consideraciones parece claro que el juicio de racionalidad sobre la nueva forma de retribución de servicios profesionales del personal en las empresas, especialmente en las que asume la forma de sociedades cotizadas (o grupos), no puede realizarse en abstracto ni de forma incondicionada, sino que aparece especialmente sujeto al cumplimiento o verificación de determi-

<sup>27</sup> Para una síntesis de estas críticas *vid.* T. VÁZQUEZ. «Los planes de opciones sobre acciones...». Derecho de los Negocios. Septiembre. 2000. Pág. 4. Sobre las bases sociales y laborales de las controversias en Europa y sus orígenes en Estados Unidos, con particular referencia a los ESOPs conocidos en Francia, *vid.* UVALIC. *La promotion de la participation financière des salariés aux profits et aux résultats des entreprises dans les États membres de la Communauté Européenne*. París. 1991.

<sup>28</sup> Aun en el marco del debido respeto a los límites legalmente establecidos respecto de la asistencia financiera (arts. 75 y 79 LSA), los responsables de la implantación de un plan de incentivos opcionales están obligados a analizar con especial cuidado las repercusiones que su ejercicio puede tener en la composición del capital social cuando tengan que acudir a los mecanismos de financiación de autocartera. De ahí que se recomiende comúnmente acudir a Entidades Especializadas que, buenas conocedoras de la compleja estructura de los programas ESOPs, otorgan el crédito necesario, tratando de evitar de este modo eventuales desequilibrios financieros de naturaleza extraordinaria. *Vid.* J. IBÁÑEZ. *Op. cit.* pág. 250, respecto a reformas recientes en EEUU. Precisamente, también en este concreto apartado han de tenerse en cuenta ciertas diferencias entre el funcionamiento de las SOs para el personal no vinculado mediante relación laboral y el que sí lo está. En esta dirección singularizadora, una cuestión especialmente característica es la generada por la necesidad de «financiación especial de los empleados», que se benefician de la excepción del artículo 81.2 LSA.

nados presupuestos. Es ésta una inequívoca lección extraída de la experiencia (condiciones de uso en la práctica social) y que han recogido ampliamente, primero, los Códigos de Buen Gobierno de las Sociedades, y después las diferentes legislaciones de los países de la UE.

El respeto de estos requisitos o presupuestos aparece, pues, como un elemento inexcusable para la racionalidad, no sólo normativa sino económica, del *modelo de regulación* de este sistema remuneratorio, por lo que su concreto régimen no puede quedar al mero arbitrio de los Consejos de Administración <sup>29</sup>. En apretada síntesis estos presupuestos, que deberán presidir tanto la elaboración de cualquier estatuto legislativo mínimo de las SOs, cuanto su reglamentación autónoma, son básicamente tres. A saber:

- 1) Previsión de *reglas* que otorguen suficiente *legitimación* al programa de SOs a la vista de la base económica de la empresa, los accionistas (cláusulas de tutela preventiva o de jurisdicción cautelar).
- 2) Fijación de un *estatuto de transparencia informativa* sobre el diseño y funcionamiento de los programas de SOs (*Securities Law*), sin perjuicio de la necesaria coordinación con ella (*Company Law*).
- 3) Un régimen convencional de cláusulas que condicionen la retribución al incremento del valor de la empresa (*cláusulas de vinculación a la mejora del rendimiento*).

Un presupuesto de ortodoxia del juicio de idoneidad es la previsión ordenada, sistemática y correcta de cláusulas contractuales que vinculen la percepción patrimonial a la consecución de objetivos. La racionalidad económica del plan pasa, pues, por la fijación de condiciones contractual y socialmente equilibradas, de modo que se ajuste el nivel de enriquecimiento del optante a los resultados de las sociedades cotizadas. Su inequívoco carácter de sistema de retribución individualizada y variable, así como la extraordinaria magnitud de los capitales financieros que puede llegar a comprometer la empresa en el pago de estas retribuciones opcionales, exige un especial cuidado a la hora de diseñar su régimen o disciplina convencional, que debe asegurar un suficiente control del grado de eficiencia retributiva –ej. proliferación de condiciones suspensivas y resolutorias; obligaciones sujetas a término, cláusulas de permanencia temporal... <sup>30</sup>–.

<sup>29</sup> Estos Códigos de Buenas Prácticas de Gobierno Corporativo (*Code of Best Practice Governance Corporate*), manifestación singular del desarrollo del llamado *Soft Law* o Derecho no vinculante o no imperativo, suelen incidir en la necesidad de que estos sistemas retributivos respeten ciertas exigencias para garantizar su eficiencia u optimización –ej. individualización, transparencia informativa y vinculación con el producto obtenido por el sujeto remunerado–.

<sup>30</sup> Los parámetros de medición de ese sobrevalor son flexibles, pero deben ser concretos y especificarse en el programa. Preciso es al respecto un Informe especialmente influyente, el Informe GREENBURY, a tenor del cual «*la clave para sus- citar una mejor gestión de los consejeros estriba en paquetes remuneratorios que conecten con el rendimiento, tanto empresarial como individual, y alineen los intereses de consejeros y accionistas en torno a la promoción del progreso de la compañía*» (6.40.).

En definitiva, si las evidenciadas desviaciones de funcionamiento pueden ser eludidas o evitadas por la regulación, las deficiencias inherentes al plan, aunque no puedan excluirse por la concreta regulación, deberán corregirse o paliarse a través de la incorporación de ciertas condiciones generales de implantación y aplicación o desarrollo de los SOPs. En todo caso, y al margen de la opción legislativa que cada ordenamiento adopte, el déficit estructural de eficiencia que presenta todo plan de SOs debe ser paliado con una regulación interna equilibrada del conjunto de retribuciones de administradores, directivos y empleados<sup>31</sup>. Por eso los aspectos estructurales, los de mayor significación jurídico-privada, de este sistema remunerador suelen excluirse, como veremos ha sucedido en España, de una regulación legislativa «especial»: modelo autorregulador *pro libertas corporatione*.

#### 1.4. Rasgos definidores de la estructura jurídica de los incentivos opcionales: las stock options como negocio jurídico complejo.

Puesto que los ISOPs sirven a objetivos diversos presentan igualmente una significativa diversidad estructural, que no puede reconducirse a unidad. No obstante, las diversas modalidades o variantes de SOs sí que presentan una cierta identificación o continuidad tipológica, por lo que es posible sintetizar ciertos elementos característicos de las SOs como negocio jurídico económico-financieramente típico pero todavía legalmente en gran medida atípico, pues carece de un régimen jurídico-sustantivo propio. A saber:

- 1.º Los *stock options plans* se articulan jurídicamente a través de un auténtico «sistema regulador» que no se agota en la celebración de un contrato de opción.

Los ISOPs constituyen un genuino «sistema remuneratorio opcional», sin que pueda confundirse con los «contratos de opción» (SOs), que representan el núcleo negocial del plan retributivo de empresa (SOPs). La coligación de las diferentes figuras negociales utilizadas, que impide o dificulta una consideración aislada de los mismos, así como la integración en su régimen de significativos elementos económico-organizativos, hacen para esta forma de retribución especialmente inoperantes las interpretaciones estrictamente contractualistas y formales<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Las sociedades, especialmente las que cotizan en Bolsa, precisan una adecuada interconexión estatutaria y reglamentaria de los sistemas de retribución, en aras de la transparencia informativa, el equilibrio intraorgánico, social y empresarial, así como de la eficiencia corporativa en su más amplio sentido. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* pág. 210.

<sup>32</sup> No sólo el iusprivatista tradicional encuentra múltiples dificultades para reconstruir jurídicamente la figura de ingeniería retributivo-financiera, sino cualquier analista de los mismos. Precisamente, la revisión permanente por las grandes corporaciones societarias que cotizan en Bolsa de las condiciones contractuales y organizativas, incluso de los contratos integrados en un PSOs, ha sido considerada por los estudios económicos como fuente de las graves dificultades para un análisis serio y riguroso de esta figura en las ciencias económicas y contables. *Cfr.* PÉREZ LÓPEZ. «Los planes de compensación para ejecutivos y su incidencia en el mercado de capitales: una revisión de la literatura». *Actualidad Financiera*, 1998, págs. 63 y sgs.

2.º La remuneración opcional se concreta en dos situaciones jurídico-subjetivas diversas: un *derecho potestativo al ejercicio de la opción*, por un lado, un *beneficio o rendimiento*, concretado en una expectativa de ganancia (renta efectiva), por otro.

La doctrina iusprivatista –y la tributarista– suele coincidir en señalar para las SOs la concurrencia de los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento para la constitución por la empresa, y adquisición por el beneficiario, de un auténtico *derecho de opción*. Poco importa que luego discrepe en la naturaleza a atribuir al negocio jurídico constitutivo<sup>33</sup>.

Desde una perspectiva subjetiva, pues la atribución patrimonial consistente en opciones de compra sobre acciones, se configura primeramente como un auténtico *derecho subjetivo potestativo de crédito*. La opción tiene un valor patrimonial intrínseco, un contenido económico perfectamente determinado, cuyo objeto típico protegido es bien la opción de compra o suscripción de acciones –SOs– o la liquidación de diferencias de valor entre el estipulado inicialmente y el final de la cotización –SARs–, por lo que no es una pura o simple expectativa de derecho, como erróneamente afirmarán las doctrinas de suplicación elaboradas al respecto, incluso la propia STS, Sala 4.ª, 24-10-2001.

Por tanto, como *derecho subjetivo* que es, el derecho de opción otorga una concreta situación de poder a un igualmente determinado sujeto titular para obtener una determinada realidad formalizada a través del negocio constitutivo y regulador. En este caso, y puesto que estamos ante un *derecho personal*, tal objeto está integrado por el comportamiento que el beneficiario-acreedor puede exigir de otra persona, concedente-deudora, concretándose bien en una obligación de entrega por la empresa de la plusvalía generada por la diferencia de precio de adquisición y valor de cotización una vez llegado el término de cumplimiento (SARs) bien en una obligación de venta y entrega material de las acciones en la fecha de su ejercicio (SOs). Consecuentemente, es clara su caracterización como *derecho de crédito*, al versar sobre un objeto dotado de un valor económico-patrimonial intrínseco, sea o no transmisible *inter vivos*. Finalmente, se trata de un *derecho potestativo* o de configuración, en cuanto que el ejercicio del derecho reconocido queda a la libre decisión del beneficiario.

Lo que en cambio sí podría considerarse como una «*expectativa de beneficio*» o renta es la obtención de una ganancia final, una vez concluido el entero proceso iniciado por el reconocimiento de la opción y materializada o liquidada ésta en el mercado, consistente en la percepción de la plusvalía monetaria, hasta entonces sólo latente, derivada del incremento de la cotización bursátil de las acciones de la empresa optataria y retribuyente. Aunque idealmente la percepción económica del beneficiario se satisfaría con el reconocimiento de una oportunidad de lucro (beneficio subyacente), realmente la finalidad retri-

<sup>33</sup> Éste es un problema que, a nuestro juicio, carece de auténtico significado a efectos jurídico-laborales, que no está tampoco condicionado en este punto por la «dogmática civilista». La STS, Sala 1.ª, 24-7-1998, identifica la esencia de este negocio jurídico opcional en un acto en virtud del cual el prometenente «queda obligado a obligarse», por lo que desde esta perspectiva estaríamos ante una especie de la figura del precontrato. Para distintas posiciones *vid.* J. IBÁÑEZ. *op. cit.* págs. 101 y sgs.

butiva de los planes sólo se realiza una vez materializa en rendimientos económicos el ejercicio de la opción, de modo que no hay retribución si el valor liquidatorio no supera al de ejercicio (*out of the money option*), por lo que sólo existe remuneración verdadera si la opción se liquida *in the money* (actualización de la oportunidad de beneficio)<sup>34</sup>.

3.º La remuneración opcional es una *forma retributiva que expresa de manera abreviada un proceso integrado por diversas fases* sucesivas que revisten distinta naturaleza jurídica y económica, *pero dotadas de una inextricable unidad funcional o causal*.

El núcleo central de esta forma de remuneración, en un plano jurídico-negocial, es el opcional o «*contrato de opción*», pero no agota su arquitectura jurídica. Aunque es frecuente acudir a la figura genérica de la opción en los mercados financieros de opciones y futuros, con referencia a doble variante, americana y europea, una conexión excesiva con esta especie puede entorpecer su entendimiento, lo mismo que sucedería, a nuestro juicio, si se intentara una reconducción estrecha de esta forma retributiva a la noción jurídico-privada típica (ar. 1.451 C.c.). En todo caso, si bien es cierto que no en todos los planes han de concurrir las diferentes estructuras contractuales del sistema remuneratorio opcional, básicamente esta arquitectura o ingeniería jurídico-contractual se construye sobre los siguientes actos jurídicos (fases del proceso), que presentan una consistente tipicidad socio-económica. A saber:

1. Aprobación del «*Plan de incentivos*» (fase eminentemente societaria).

Corresponde normalmente al órgano de gobierno soberano de la Sociedad, la Junta de Accionistas, fijar el conjunto de requisitos, presupuestos y condiciones que rigen el programa de concesión de los incentivos a su personal, incluidos en su caso los trabajadores no directivos, siendo competencia del Consejo de Administración su correcta aplicación, si bien ya sabemos que la práctica suele invertir la situación, de modo que aquélla se limita a aceptar, o no, el plan elaborado por el Consejo de Administración. Es obvio que esta actividad de planificación, organización y gestión no representa en sí misma ningún acto de concesión formal a sus potenciales beneficiarios, que sólo se produce con la conclusión del contrato de opción<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Vid. para esta diferenciación, aunque no compartimos otras afirmaciones relativas a la desconexión causal con el contrato de trabajo, S. COLMENAR. «La tributación de las opciones de compra de acciones en favor de empleados: estudio de una polémica». *Impuestos*, n. 23. 2001, pág. 27. A estos efectos, se entiende bien la irrelevancia del carácter transmisible, situación no usual, o intransmisible, carácter normal, de las opciones a efectos de su patrimonialidad. Es sólo esta oportunidad la que se traduce *a posteriori* en un beneficio subyacente. Por tanto, «*ex ante*, al concederse las opciones, ya existe retribución: el derecho opcional, de valor fijo, calculable instantáneamente por un método financiero adecuado. Valor que es independiente del definitivo beneficio al tiempo de ejercicio o reventa, único relevante patrimonial y fiscalmente». Vid. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* pág. 119. En cambio, condicionan el carácter económico del derecho de opción, siguiendo a un sector iusmercantilista más tradicional, a su transmisibilidad a terceros S. DEL REY-J. BONILLA. «La naturaleza jurídica de las stock options». *AL*. n. 31. 2001, pág. 648.

<sup>35</sup> Aunque se ha planteado la presunción de consentimiento por razón de los vínculos que unen a las partes y porque se hace en interés de los mismos. Vid. STS 24-11-1943, ar. 1292, sobre los efectos positivos del silencio en un contexto de circunstancias objetivas y subjetivas en el que la actitud silente expresa conformidad, pues de lo contrario hubiera expresado la opinión contraria. Vid. VALUET, J.P. *op. cit.* pág. 32.

Sin embargo, no puede en modo alguno desdeñarse su importancia jurídica, pues define los aspectos funcionales y finales, esto es, causales, del negocio opcional: representa sus «condiciones generales de contratación» (condiciones prácticas de uso). El contrato de opción a celebrar participa, así, de la naturaleza típica de los «contratos de adhesión», de ahí que el TS configure el negocio jurídico complejo opcional «como *medio individual de materialización de un plan general elaborado unilateralmente por la empresa para sus empleados*», lo que plantea el problema, que aquí sólo queda enunciado, de la aplicación o no de las típicas normas protectoras del «contratante más débil»<sup>36</sup>.

## 2. Conclusión de un contrato de opción de compra de acciones.

Por tal se entiende comúnmente aquel acuerdo suscrito entre una empresa concedente y varios beneficiarios concesionarios, por el cual la empresa les atribuye uno o varios derechos de opción, obligándose a entregarles, al vencimiento de uno o más períodos previstos desde la constitución del plan, acciones propias de la sociedad concedente o la revalorización de las acciones virtualmente concedidas. Este contrato se perfecciona, como todo contrato, con la aceptación del beneficiario, pero la obligación de pago no será eficaz hasta tanto los beneficiarios no decidan ejercitar, a libre elección (cláusula facultativa) y llegado el vencimiento (período de carencia), su derecho de opción.

3. Celebración de un contrato de compraventa de acciones de la empresa (o matriz del grupo) donde se prestan los servicios que se remunera mediante el plan<sup>37</sup>.
4. Formalización de garantías por la empresa concedente de las opciones para cubrir el riesgo de variaciones de precio del capital subyacente.
5. Fijación de obligaciones conexas, a cargo de los beneficiarios, de fidelización profesional (permanencia en el cargo) o patrimonial (mantener las acciones).

Puesto que el carácter condicional es inherente a un eficiente sistema de remuneración opcional es normal la previsión bien de específicas obligaciones de «fidelidad», ya sea de mantenimiento de una cartera de acciones de la compañía oferente (obligación de fidelidad patrimonial), ya de mantenimiento de la prestación de servicios (obligación de fidelidad laboral o profesional), bien de

<sup>36</sup> La inaplicación formal de la Ley 7/1998, 13.4, pues no son «consumidores o usuarios» propiamente, no sería fácilmente compensada con el reclamo de su ordenamiento protector «natural», el laboral, al ser una cuestión remitida a la autonomía individual, en espera de una intervención colectiva, tan necesaria como improbable al día de hoy. Por cuanto se trata de situaciones vinculadas a la relación de servicios que mantiene el beneficiario con la sociedad retribuyente –sea laboral, mercantil, societaria– cabría reclamar la aplicación de los principios y reglas vigentes en cada uno de estos sectores ordinamentales, más allá de la pura ley de la justicia contractual. *Vid.* CALPERS GLOBAL GOVERNANCE PRINCIPLES. *Corporate Governance Market Principles*. Londres. 1997. Pág. 5.

<sup>37</sup> No obstante, no es elemento mínimo del plan de incentivos el contrato de compraventa, pero sí un negocio de concesión de derechos sobre acciones subyacentes, que bien pueden ser de compra o de derechos de liquidación de diferencias. Del mismo modo, y aunque la cuestión no es pacífica, ni doctrinal ni judicialmente, parece afirmarse una línea jurisprudencial que no exige nuevo consentimiento para la perfección del mismo, que se presume por el solo ejercicio de la acción. *Vid.* STS, Sala 1.ª, 23-12-1991.

condiciones de productividad o rendimiento individual (cláusulas de rendimiento). La evidenciada asimetría estructural del sistema remuneratorio no se debe a la falta de correlación entre esfuerzo personal y retribución opcional potencial o eventual, pues esta reciprocidad, siquiera sea indirecta, es inherente a la estructura jurídico-económica del programa (principio de adecuación de la medida de rendimiento o *adequacy of performance benchmarking*).

No obstante lo usual de estas cláusulas, incluso su centralidad para asegurar niveles razonables de eficiencia, tampoco son contenido mínimo. En términos estructurales son cláusulas de unilateral imposición por la empresa cuando así lo decida voluntariamente al diseñar el plan. Sin embargo, la omisión de cláusulas que requieran evaluar el rendimiento desplazará al primer plano la finalidad fiduciaria –retener o asegurar la permanencia en la empresa–, pero sin anular la función genéricamente incentivadora.

A la luz de estas consideraciones, además de confirmar el carácter complejo del negocio jurídico opcional en su aspecto estructural, deja claramente la dimensión igualmente condicionada que asume, en ambos aspectos por exigencias de la también evidenciada polivalencia funcional del plan de incentivos que aquel contrato actualiza o formaliza. De ahí que, como ilustra bien la doctrina legal aquí analizada, un tema capital del análisis de esta figura es la identificación de los presupuestos subjetivos, formales y materiales del negocio jurídico opcional <sup>38</sup>.

A los efectos que aquí interesa los elementos más destacables del contrato son:

- a) Es siempre, por definición, un contrato oneroso y conmutativo, no aleatorio, perfeccionándose con la simple concurrencia de voluntades (consentimiento).

Aunque es habitual en la doctrina reconocer la posibilidad de un contrato de opción celebrado a título gratuito, cuando el beneficiario no paga la prima o precio de opción, como sucede por lo general, no siempre, con los ESOPs, esta afirmación supone una impropiedad técnica. En realidad, por definición, el contrato de opción ni es gratuito ni carece de sinalagma opcional, pues hay una contraprestación *in natura* subyacente, una contraprestación implícita, su propio trabajo, causa de la atribución de las opciones, e incluso en un correspectivo explícito: obligación de cumplir los vínculos estipulados –cláusulas de personalización del ejercicio– <sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Para un modelo tipo de contrato de «stock options» entre empleados, presentado por el Servicio Jurídico de la CNMV, *vid.* RdS n. 11. 1999, págs.316 y sgs. Un somero pero ilustrativo análisis de tales presupuestos en el ámbito jurídico privado en T. VÁZQUEZ. «Los planes...». *op. cit.* págs. 4 y sgs.

<sup>39</sup> *Vid.* J. IBÁÑEZ. *op. cit.* pág. 38, para quien estamos ante un «contrato de opción condicionado en su eficacia» al cumplimiento de objetivos. Sin embargo, «es más dudoso que la opción no se traduzca en una simple prebenda gratuita cuando los objetivos o calidad de desempeño habían quedado probados *ex ante*, previamente a la concesión de los incentivos».

b) Período de carencia del derecho de opción sobre acciones en cuanto obligación sometida a término o plazo (*vesting period*).

En los planes de opciones sobre acciones la regla general suele ser la de que el beneficiario deberá esperar al momento de nacimiento del derecho para realizarlo, lo que exige por lo general un período o plazo de maduración de varios años, de ahí que se le llame período de carencia (o «fidelidad»). Sólo a partir del vencimiento de este plazo comenzará el período de ejercicio, lo que se llevará a cabo en el momento que considere oportuno por el beneficiario, naturalmente siempre dentro de este período previsto por el plan <sup>40</sup>.

Aunque tradicionalmente se ha venido entendiendo en la doctrina que esta exigencia respondía al esquema de las obligaciones condicionales, con la consiguiente aplicación del régimen previsto para este tipo de situaciones, la doctrina legal, partiendo de una configuración como «presupuesto esencial del negocio jurídico, inseparable de él», ha considerado que se trata de una obligación sometida a término o plazo <sup>41</sup>.

c) Compraventa condicionada a un valor intrínseco positivo del capital subyacente.

Es una regla de racionalidad que el beneficiario sólo comprará acciones a condición de que su valor de mercado supere al de ejercicio, por lo que la compraventa parece sujetarse implícitamente a un valor intrínseco positivo (beneficio). El cumplimiento no depende de la conducta de la sociedad, pues coadyuva pero no predetermina la elevación de la cotización <sup>42</sup>.

d) Presupuesto subjetivo de ejercicio: persistencia de la relación de empleo.

De forma coherente con la finalidad «fidelizadora» inherente a todo plan de incentivos opcionales, una de las cláusulas más frecuentes del documento de concesión del derecho de opción es aquella que «condiciona» el ejercicio del derecho a la permanencia en la empresa, con la consiguiente pérdida del mismo a consecuencia de la extinción de la relación de empleo o de servicios profesionales. Aunque mayoritariamente la doctrina ha venido entendiendo este requisito como una auténtica «condición resolutoria» del derecho perfeccionado por el contrato de opción, nuevamente el TS parece no entenderlo así, configurándolo como un presupuesto subjetivo igualmente esencial o inherente, como el período de carencia, al negocio mismo pues está en la misma base de la prestación de los consentimientos: la empresa reconoce el derecho, y los trabajadores aceptan la suscripción, desde la persistencia de la relación –salvo las causas específicamente contempladas– <sup>43</sup>.

<sup>40</sup> La doctrina judicial y la jurisprudencia coinciden en señalar la importancia del diferimiento del ejercicio de la opción en años sucesivos, pues de esta manera se asegura que «el trabajador empeñe su esfuerzo en conseguir, durante el periodo que media, que es el que así se incentiva, mejores resultados para la empresa que redunden en una mayor cotización...». Vid. STSJ Madrid. 2-10-2001, fj. 2.º.

<sup>41</sup> La STS 24-10-2001 desautoriza la doctrina de la STSJ Castilla y León/Valladolid, 4-1-1999. Habían optado también por la aplicación del régimen de las obligaciones condicionales S. DEL REY-J. BONILLA. «La naturaleza jurídica de las stock options...». AL n. 31. 2001. Pág. 649.

<sup>42</sup> Esta imagen de compraventa condicionada ha servido de alternativa dogmática de la tesis promisorio, aunque no goza de aceptación generalizada.

<sup>43</sup> Pues como ha entendido el propio TS, Sent. 24-10-2001, «se trata de primar la propia existencia de la *relación laboral fiel* o vinculada con ella, que deja de tener sentido desde el punto de vista de quien ofrece el derecho de opción cuando el empleado ya no está en activo».

Aunque en este caso no parece descartable la calificación de condición resolutoria lo realmente importante es destacar que los problemas principales a estos efectos surgirán cuando el cese no responda a razones voluntarias sino a decisiones del empresario, por tanto unilaterales, ya justificadas (despidos por causas económicas), ya injustificadas (despidos improcedentes). Éste es el caso analizado por la STS 24-10-2001, que equipara las situaciones de cese no imputable al trabajador a las situaciones en las que se ha pactado la continuidad del derecho, precisamente por su involuntariedad, so pena de incurrir en la prohibición de arbitrariedad ex artículo 1.256 C.c., así como en ejercicio del derecho a todas luces contrario a la buena fe ex artículo 7.1 C.c.<sup>44</sup>.

Aunque tampoco podemos afrontar aquí con mínimo detenimiento esta importantísima cuestión, en todo caso parece claro que se debe distinguir entre extinción de la relación laboral por causa imputable a la empresa y por causa imputable al trabajador, pues sólo en este caso cabe plantear la pérdida del valor intrínseco acumulado de las SOs o SARs, salvo disposición expresa del ESOP en sentido diverso, lo que no suele suceder en la práctica de nuestras empresas cotizadas. Sí suele preverse para estos casos de extinción anticipada la imposición por la empresa al trabajador de un valor de reembolso o de recompra de la opción, que en unos casos coincide y en otras no con el precio previsto en el ISO, si bien es frecuente que se pacte la recompra al valor de emisión<sup>45</sup>.

Precisamente, la existencia de la opción en el patrimonio del optante o ejerciente futuro permitiría justificar, al margen de la calificación jurídica de tal atribución patrimonial, un derecho subjetivo a la indemnización por su pérdida en caso de terminación del contrato laboral imputable al empleador. Sin embargo, mientras que la doctrina legal no ha aceptado esta posibilidad en tanto no exista ejercicio de la opción, excluyendo su cómputo del artículo 56 LET, el voto particular sí ha defendido que, aun excluyendo la calificación salarial, sí generaría un derecho a la indemnización si bien en el caso analizado no se darían las condiciones.

<sup>44</sup> La citada cláusula se ha entendido implícita en todo plan de incentivos ex artículo 1.287 C.c. por cierto sector doctrinal. La doctrina francesa, en cambio, sostiene que a falta de cláusula resolutoria expresa el cese no determina la extinción de la opción. *Vid. J.P. VALUET. Op. cit. pág. 36.* La jurisprudencia norteamericana ha matizado que tal pérdida del derecho de opción será proporcional al período de trabajo desempeñado si el cese de la vinculación con la sociedad se debiera a causas ajenas a la voluntad del beneficiario. Para la doctrina de la proporcionalidad *vid. Caso Joseph v. Wilso, 57 Illinois App 3d 212, 372 NE2d 1110: Even assuming termination of employment of optionee, whose right to purchase stock was contingent upon his continued employment with corporation (...) was without fault on his part, equitable doctrine of apportionment could be applied.*

<sup>45</sup> Para la regla general *vid. Plan del Grupo CORTEFIEL*, según el cual los directivos y responsables de departamento de la matriz y de las filiales que «cesaran voluntariamente su relación laboral con la empresa con anterioridad a los cinco años» (período de ejercicio de SOs), perderán «todo el derecho a percibir las opciones de compra (cláusula 60, Folleto informativo publicado por CNMV, pág. 95). En el mismo sentido el Plan de PULEVA aprobado por su Consejo el 21-9-1998. Para el pacto de recompra *vid. El ESOPT del Grupo AMPER* que faculta a la sociedad para recomprar las acciones a *strike* o cobrar de los ex-empleados el diferencial señalado, en Programa de incentivos de venta de acciones empleados y personal directivo de la sociedad y de su grupo de empresas en España, hecho relevante comunicado a la CNMV el 17-1-2000.

En todo caso, estas últimas observaciones nos permiten ya poner de relieve la inherencia de una regulación jurídica para el funcionamiento racional de estos sistemas remuneratorios «a riesgo». La inseguridad jurídica generada por éstos, lejos de ser una situación aislada o episódica afecta a la práctica totalidad de los ordenamientos de los Estados miembros de la UE <sup>46</sup>.

## 2. El régimen legislativo español de la retribución opcional: un modelo desregulador exigido por la eficiencia y condicionado por la transparencia.

La «explosión» económica de los programas *Incentive Stock Options* junto con la evidenciada inseguridad jurídica y desequilibrios sociales generados por este desbordamiento económico, ha impulsado un proceso de «moderación» de estas políticas retributivas, a través de la fijación legal de una regla de autorresponsabilidad: el principio de adecuación social de la remuneración. En efecto, la canalización jurídica de las críticas políticas y «moralizadoras» de estas prácticas se traducirá, en el país que conoció su nacimiento y expansión, EEUU, en la proposición y aplicación práctica de un conjunto de regulaciones comprendidas en «códigos de ética jurídico-societaria», según el paradigma regulador de las «leyes blandas» o *Soft Law –Codes Best Practices–*. Posteriormente, sus principales reglas serán «normalizadas» vía legislativa, dando lugar a lo que puede considerarse el *derecho mínimo común* de las políticas retributivas basadas en incentivos opcionales, vigente ahora ya en los países de la UE, aunque el trasplante a la cultura jurídica continental no deje de plantear notorios problemas <sup>47</sup>.

España tampoco escapará a esta necesidad de modernización jurídica a raíz del auge que comienzan a tener los mercados financieros, en especial el bursátil, y, en consecuencia, los sistemas de ingeniería jurídico-retributiva del tipo ISOPs (*Incentive Stock Options Plans*), adoptados incluso en empresas que no se encuentran en el selectivo IBEx-35, donde se encuentran las principales sociedades cotizadas. La más reciente política legislativa del Derecho de Sociedades –y del Derecho del Mercado de Valores– se dirigirá, de conformidad con aquellos postulados, a condicionar procedimentalmente el poder regulador del Consejo de Administración sobre estos planes, pero en modo alguno a restringir o reducir la libertad de fijación de sus contenidos <sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Vid. A. SÁNCHEZ ANDRÉS. «Regulación, control de riesgos y cooperación internacional en relación con instrumentos derivados». En Aa.Vv. *Productos financieros derivados*. Madrid. 1997. págs. 21 y sgs.

<sup>47</sup> La indudable influencia social (autoridad social) de estos Códigos de Buena Conducta no deben hacer perder de vista su falta de vinculatoriedad, lo que a veces plantea problemas en orden a su relación con la política de la autoridad reguladora. Vid. A. SÁNCHEZ ANDRÉS. «Las llamadas stock options y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica». *Revista Jurídica de Estudiantes*. UAM, n. 2, 2000. pág. 26.

<sup>48</sup> En realidad, las reformas no han hecho nada más que adaptar a nuestro marco legislativo de las sociedades la siguiente configuración de los ISOs en las normas de buen gobierno corporativo (CGB): «la política de remuneración de los consejeros, cuya propuesta, evaluación y revisión debe atribuirse a la comisión de retribuciones, se ajuste a los criterios de moderación, relación con los rendimientos de la sociedad e información detallada e individualizada». Recomendación 150 CGB Olivencia 1998.

Así, y dejando fuera la regulación fiscal, que luego expondremos sintéticamente, la regulación actual está integrada básicamente por tres tipos de normas, todas ellas características de un modelo desregulador (incentiva las normas autónomas) y reflexivo (fomenta reglas organizativas, procedimentales y de control o vigilancia reguladora). En otras palabras, se caracteriza por buscar un control social de estas políticas retributivas regulando su autorregulación, esto es, promoviendo la introducción de normas (a) *procedimentales*, (b) *organizativas* (ej. Órganos de apoyo especializados como los Comités de Retribuciones) (c) de *competencia*. Estas normas, sin perjudicar la «autorreferencialidad» de la sociedad para definir sus sistemas retributivos, pretenden condicionarlos para garantizar la racionalidad económica y coherencia social de esta autorregulación <sup>49</sup>.

De ahí que nuestro modelo regulador rehuya toda regulación «intervencionista» para reducirse al referido estatuto mínimo común denominador de los ordenamientos occidentales, sin perjudicar las vías que abren una «autorregulación libre» por el Consejo de los sistemas retributivos en general, y en particular de los referidos a incentivos opcionales. Este estatuto puede resumirse en las siguientes líneas reguladoras o grupos normativos <sup>50</sup>, a saber:

- 1.<sup>a</sup> Reglas de asignación de *competencias procedimentales* a los órganos de gobierno (reglas de legitimación procedimental).

La legislación societaria reformada atribuye a la Junta General de accionistas la competencia autorizatoria sobre el plan, así como la de controlar su inclusión en los estatutos de la empresa-sociedad (nuevo art. 130.2 LSA). Los estatutos se convierten, así, en el marco de regulación general de las condiciones que ordenan el establecimiento de los planes, como consecuencia del poder social de regulación atribuido a los accionistas (los estatutos formalizan institucionalmente los pactos sociales) <sup>51</sup>.

- 2.<sup>a</sup> Reglas de *transparencia informativa* (reglas de seguridad gubernativa de las empresas cotizadas en Bolsa).

Sin duda, entre aquellas normas de autorresponsabilidad (códigos de buenas prácticas) que se han tornado exigencia legal a través de las reglas impuestas por la reforma sobre ISOs en los diferentes ordenamientos europeos, a modo de «transposición» de la experiencia norteamericana originaria, ocupan un lugar especialmente significativo aquellas dirigidas

<sup>49</sup> Vid. para una formulación general del derecho reflexivo y procedimental G. TEUBNER. «El trilemma reglativo». *Política del Derecho*. 1987. Pág. 109.

<sup>50</sup> El postulado de la eficiencia llevó a diversas Enmiendas en la Ley de Acompañamiento de la Ley de Presupuestos para el año 2000, a través de la cual, de nuevo por un infame procedimiento legislativo, se modificaba el TRLSA, específicamente los artículos 75 y 130, introduciéndose varias DDDAA. Los objetivos legales proclamados eran proteger a los pequeños accionistas, dar transparencia a las remuneraciones de administradores y altos directivos, buscando a un tiempo la equidad tributaria.

<sup>51</sup> Esta previsión genérica estatutaria mínima es inequívocamente un marco favorecedor de un derecho dispositivo adecuado a las necesidades concretas de cada Consejo de Administración y, en general, de cada concreta empresa que decida optar por estos sistemas de retribución para incentivar a su personal en el compromiso con sus objetivos de creación de valor.

a conformar un estatuto de transparencia de tales planes. A tal fin, se establece un riguroso sistema de deberes de información que permita tanto el conocimiento de accionistas, beneficiarios y público en general, cuanto el control por autoridades reguladoras «independientes» (CNMV) <sup>52</sup>.

Al margen de algunas carencias técnicas, no corregidas, pese a la autosatisfacción proclamada en su EM, por el reciente RD, debe saludarse positivamente esta política legislativa de transparencia hacia el exterior, pues implica para las sociedades la obligación de suministrar al mercado información precisa y fiable sobre sus actividades y resultados, pues aparecen como «*hechos relevantes capaces de influir de forma sensible en la formación de los precios de Bolsa*». Al mismo tiempo, cuando adquieren determinadas dimensiones o supone el reconocimiento de participaciones significativas, no parece dudosa su afectación a la propia estructura de propiedad de la sociedad, con la consiguiente posibilidad de inducir una «*modificación sustancial de las reglas de gobierno*», en particular si se ligan a operaciones de especial relieve –ej. transacciones intragrupo– <sup>53</sup>.

Como regla general, la transparencia propiciada por las nuevas reglas de mercado de valores y societarias (modelo dual de transparencia) no perjudica su efecto incentivador, pues no predetermina sus condiciones, incluso puede reforzar la imagen corporativa, atrayendo nuevas inversiones y personas o recursos humanos. Consecuentemente, este régimen legal lejos de presuponer una actitud de sospecha frente a este tipo de políticas retributivas representa una señal favorable a la continuidad de las prácticas preexistentes, cuando no un elemento de apoyo o promoción para su crecimiento (ej. estabilidad, confianza recíproca y mayor equilibrio de intereses).

<sup>52</sup> Las tres principales «reglas de transparencia» («*disclosure*») que integran el régimen jurídico de supervisión de incentivos opcionales son: a) obligación individual de comunicar los incentivos concedidos; b) obligación de comunicar la transmisión de participaciones significativas potenciales u opcionales; c) obligación societaria de publicar los incentivos. Mientras que la legislación societaria no impone la obligación de desvelar las retribuciones de los administradores de forma individual, sólo de forma conjunta y difusa (art. 200 LSA), la legislación del mercado de valores sí (nueva DA 16.ª LMV, según redacción dada por la DA 17.ª 3 LMFAOS/1999), además de comunicar sus incentivos opcionales recibidos a la CNMV, aplicándoseles las exigencias de publicidad propias de los denominados «hechos relevantes» (DA 15.ª LMV, por D.A. 17.ª 2 LMFA, art. 82 LMV). Los nuevos *deberes de publicidad* han sido objeto de ordenación reglamentaria por el RD 1370/2000, 19.7, que desarrolla lo establecido en el artículo 53 LMV, como reformado por la DA 17.ª Ley 55/1999, 29.12. Como se señaló, su Capítulo Tercero se dedica a las «*Comunicaciones en materia de opciones sobre acciones y de sistemas retributivos de administradores y directivos*». Este RD ha sido desglosado por la Circular 4/2000, 2.8 de la CNMV. En la misma dirección, aunque mejor valorada técnicamente, la reforma operada en Alemania por la Ley para el control y la transparencia empresarial (*KonTraG*) de 27 de abril de 1998, que introdujo una regulación mínima en Derecho positivo respecto de las «option stocks». Para la regulación adoptada en Italia, con el Reglamento n. 11971, 14.5.1999, GU, Serie Generale, n. 100, 28.5.

<sup>53</sup> El requisito de comunicación a la CNMV por los directivos beneficiarios de la recepción de SOs y SARs como hechos relevantes (DA 15.ª) no se funda, como el de comunicación de participaciones significativa exigido en el artículo 53 LMV a los administradores, en el control de las situaciones de conflicto de intereses entre sociedad y socios por posibles abusos de poder, sino que expresa una exigencia derivada del derecho de información de los inversores para tutelar la eficiencia y la racionalidad de las decisiones bursátiles. El RD ha tratado de corregir algunos elementos de «asimetría de tratamiento iussocietario» entre administradores y altos directivos según una exigencia práctica inexcusable.

Aunque podría haberse aprovechado la reforma para establecer un régimen de control y transparencia para cualquier trabajador, directivo o no, no se ha hecho así, reputando relevante tan sólo la información sobre los ejecutivos de primera línea o dependencia directa de la administración social. El juicio de la doctrina a esta opción legislativa es necesariamente crítico <sup>54</sup>.

Esta «asimetría disfuncional» en la delimitación del ámbito de sujetos afectos por el régimen de transparencia introducido en la reforma plantea el problema de si entender o no extensible a los trabajadores el requisito de comunicación a la CNMV. Ahora bien, lo que no parece sin embargo dudoso es que la existencia de todas y cada una de las modalidades de ISOs, al margen de qué colectivos sean beneficiarios, debe ser conocida laboralmente <sup>55</sup>.

- 3.<sup>a</sup> Reglas de remisión tácita o implícita al *derecho de autorregulación* estatutaria y contractual (reglas de derecho dispositivo). Precisamente, una de las manifestaciones del proceso de desregulación en el que se ve incurso el Derecho Mercantil es la multiplicación de los espacios de autorregulación reconocidos a los privados lo que se conecta tanto a hechos socio-económicos nuevos como a la influencia de la cultura jurídica anglonorteamericana en el *Continental Civil Law*. Al margen de subrayar los riesgos derivados de la «emulación», la doctrina iusmercantilista europea destaca cómo esta visión «neocontractualista» del fenómeno societario marca una doble pero convergente evolución del paradigma de regulación del gobierno corporativo: debilitamiento del marco normativo imperativo y reforzamiento desde la ley del reglamento contractual interno, más fácilmente adaptable a las exigencias de cada empresa (flexibilidad) <sup>56</sup>.

El régimen sustantivo de los ISOPs es un claro ejemplo de esta evolución. Así, junto al referido «*derecho dispositivo estatutario*», los ISOs cuentan con reglas de uso y prácticas experimentadas por la regulación económica (*corporate management regulations*). La consecución de los criterios de una regulación correcta –eficiencia; transparencia y equilibrio de intereses–, no puede prescindir de aquellas prácticas reguladoras, que conforman la «*regulación extraestatutaria o reglamentaria interna*», completando la ordenación imperativa.

<sup>54</sup> Sin que la regulación contenida en el reformado artículo 75 LSA pueda ser considerada suficiente para cubrir esta deficiencia. En realidad cabría preguntarse si no es posible realizar una interpretación correctora expansiva, conforme a la teleología inmanente de la norma. Se rechaza en todo caso una «interpretación minimalista» de la expresión «directivos», pues ello supondría dificultar tanto el objetivo legislativo de la transparencia como la permeabilidad del plan de incentivos a un mayor número de personas implicadas en la gestión. Vid. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* págs. 234-235.

<sup>55</sup> A nuestro juicio, las mismas o análogas razones que han aconsejado la introducción de este régimen de elevada transparencia, de conformidad con el paradigma del buen gobierno societario, están en la base del actual modelo de gestión del personal de la empresa basado en la transparencia, al menos en el nivel informativo, de todos aquellos datos socio-económicos que puedan tener incidencia en el funcionamiento de la empresa, y no cabe duda que los planes de SOs es un «hecho relevante» también a estos efectos. Así aparece implícito en el artículo 64.1.º LET y expresamente en el artículo 64.2.º, incluso en el apartado 4.º e) de este mismo cuerpo normativo.

<sup>56</sup> Una fundada crítica en G. ESTEBAN. «¿Una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas?». *RdS*. n. 11.1999. págs. 17 y sgs. En un contexto más amplio de discusión de la propia eficacia de estos modelos *vid.* A. RUBIO «El Consejo de Administración en un entorno internacional: el debate sobre su eficacia como órgano de gobierno de la empresa». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros. n. 227. págs. 155 y sgs.

La indeterminación legislativa de las formas documentadoras de los negocios que articulan el proceso puesto en marcha por un plan de incentivos opcionales no significa, que carezcan de formalización escrita, requisito necesario para garantizar el objetivo de transparencia así como el efectivo ejercicio del derecho de información de cada beneficiario contratante. Mientras que los *planes* se documentan en las Actas de las sesiones celebradas por el Consejo –y por la Junta General–, el *contrato de opción* tiene lugar a través de los denominados «*boletines de adhesión*» o «*cartas de adhesión*» –considerados incluso como «*títulos-valor*»–, que suponen la aceptación de cláusulas impuestas al beneficiario por la sociedad retribuyente, y que actúan, como dijimos, a modo de auténticas *condiciones generales de la contratación u otorgamiento o reconocimiento*. Por tanto, en este marco, también el *derecho contractual* tiene una gran importancia.

Una vía de documentación especial o adicional, igualmente imbricada en el nuevo sistema de transparencia hacia el exterior –función preventiva en beneficio del mercado–, es su publicación en «*folletos informativos de emisión*». Dada la frecuente vinculación económico-financiera de estos incentivos opcionales a importantes operaciones societarias –ej. ampliación de capital destinada a financiar el plan–, existe una obligación de registro en la CNMV, debiéndose reflejar como información relevante (DA 16.<sup>a</sup> LMV). Este documento satisface el deber de suministrar información sobre los aspectos financieros, contractuales e, incluso fiscales, integrándose en el régimen contractual *ex bona fidei* <sup>57</sup>.

A la luz de este significativo, aunque necesariamente selectivo, repaso por el régimen jurídico-mercantil, queda ya aclarado que de los tres presupuestos principales exigidos por los analistas para verificar la racionalidad económica y social de la regulación normativa aplicable a este sistema remuneratorio, dos de ellos se cumplen de un modo razonablemente adecuado, mientras el tercero, como veremos inmediatamente, se cumple igualmente. Estos presupuestos son: (1.º) ausencia de obstáculos o impedimentos de organización jurídico-societaria de los incentivos opcionales, primando el modelo de regulación autónoma; (2.º) verificación de una orientación general o global del ordenamiento jurídico-mercantil favorable al principio eficiente de maximización del valor (*principio pro domino o pro commodo sociis*) e (3.º) inexistencia de reglas desincentivadoras en el resto de sectores reguladores –ej. fiscal, laboral, mercado de valores, contable– (ausencia de impedimentos jurídicos extrasocietarios) <sup>58</sup>.

Pues bien, no hay restricción o limitación alguna al poder de la sociedad de regular a conveniencia su política de retribución opcional, pues los exigibles –y comúnmente exigidos– controles procedimentales refuerzan, no reducen, el modelo de autorregulación (inexistencia de obstáculos o

<sup>57</sup> Vid. artículo 15 del RD 291/1992, conforme a la redacción dada por el RD 1590/1998, sobre el régimen jurídico del mercado de valores. Para la integración contractual de su contenido vid. I. FONT GALÁN. «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho contra la publicidad engañosa». CDC 4, 1998, págs. 23 y sgs.

<sup>58</sup> De «impedimentos jurídicos colaterales» habla algún autor para expresar, con poca fortuna, el papel de la regulación no societaria para determinar la eficiencia o ineficiencia de una regulación. Vid. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* pág. 185.

impedimentos de organización jurídico-societaria del plan). Tampoco carecemos ya de un eficaz, al menos formalmente, sistema de transparencia interna (hacia la organización) y externa (hacia el mercado) de estos sistemas retributivos (presencia de técnicas de control social y público) <sup>59</sup>.

Finalmente, es hoy un dato ampliamente adquirido, incluso podríamos decir que una máxima de experiencia, que el ordenamiento jurídico entero se viene dirigiendo desde hace tiempo por un rumbo claramente favorable a un Derecho de la Empresa basado en el principio de eficiencia en la gestión. Esta opción de política del derecho está presente por supuesto en el actual Derecho Mercantil, en especial en el Derecho de Sociedades y en el Derecho del Mercado de Valores, pero también lo está, como veremos, en el Derecho del Trabajo <sup>60</sup>.

### **3. Calificación fiscal y régimen tributario de las remuneraciones opcionales para empleados: el ejemplo de una política correctora no desincentivadora.**

Junto a la ampliación del régimen de transparencia de estos sistemas retributivos, la fuerte crítica social levantada frente a ellos con motivo del plan de los directivos de Telefónica se ha intentado reconducir jurídicamente, como ya sucediera en otros países como en EEUU (1993), mediante la reducción de los incentivos o privilegios fiscales de los que tradicionalmente vienen disfrutando, en los diversos países de sistema financiero desarrollado. Ciertamente, una cosa es la calificación tributaria de estos rendimientos y otra, muy diferente, su configuración en la legislación sustantiva, tanto mercantil (remuneración de una prestación de servicios con vínculo orgánico) cuanto laboral, sin que ni la opción de política jurídica ni la calificación jurídica dada por aquel sector sea determinante –ni siquiera relevante– para éste, que es el que nos interesa, aunque no sean infrecuentes las disfunciones de esta autonomía conceptual.

Ahora bien, una mínima referencia es necesaria no sólo por su capacidad para ensayar pioneramente soluciones a problemas novedosos, luego presentes en otros ámbitos normativos, sino también por su efecto distorsionador de la competencia reguladora entre países, pues la diferencia de calificaciones y regímenes de exenciones o modificaciones de tipos fiscales puede propiciar la movilidad de empresas y recursos humanos (deslocalización). Asimismo, hay que reconocer no sólo las

<sup>59</sup> Ni siquiera existe realmente un obstáculo jurídico-contable, pese a la frecuente crítica doctrinal. Los expertos de organismos internacionales proponen la elaboración de una Información detallada en la Memoria Anual sobre las características de cada programa de ISO (*International Accounting Standards Committee* –IASC–). La racionalidad y frecuencia de la regla contable especial de diferimiento admite una positivización en virtud del valor informador del principio general según el cual siempre deben reflejar fielmente la situación de la compañía (art. 32.2 C.co.). Vid. S. CATUOGNO. *L'esperienza contabile internazionale sulle stock options come strumento di retribuzione degli alti dirigenti*. Cedam. Padova. 1998.

<sup>60</sup> Reconstruido cada vez más sobre una imagen de sus normas como conjunto de límites a la libertad de empresa. Estos límites se traducirían en la elevación de los costes de gestión del personal de la empresa, por lo que toda regulación laboral debería tender a la optimización o maximización de éstos, incluida significativamente de la política retributivo-salarial del personal.

múltiples lagunas del régimen fiscal de los ISOPs, lo que suscita contradicciones relevantes, sino también la desconfianza generada por el mantenimiento de privilegios e inequidades, con el consiguiente detrimento de los principios de neutralidad fiscal y capacidad económica en aras de una política incentivadora <sup>61</sup>.

Nuestro país no ha permanecido al margen de esta política tributaria internacional favorable a una fiscalidad restringida de los ISOs, como evidencia el favor del nuevo Reglamento del IRPF (RD 214/1999, 5.2) por la tributación de las opciones en régimen de plusvalías de capital, con las consiguientes ventajas derivadas de su régimen preferente. Sin embargo, como consecuencia del escándalo del Plan de Incentivos de Telefónica, el legislador ha introducido ciertas correcciones, restringiendo el ámbito de beneficiarios de determinadas bonificaciones tributarias, sin modificar la calificación fiscal de los incentivos opcionales <sup>62</sup>. Al margen de la posibilidad de reputar como incrementos patrimoniales, sujetos a la tributación del 20%, las plusvalías por reventa de acciones –o beneficios diferenciales subyacentes– se estiman como rendimientos del trabajo los valores intrínsecos de ejercicio –o plusvalías equivalentes– de las opciones concedidas a empleados. En caso de irregularidad de los rendimientos la corrección de la estructura progresiva del impuesto personal se ha llevado a cabo, tras la reforma del precedente sistema basado en la aplicación de los tipos medios de gravamen, a través del expediente de reducción de un 30%. Precisamente, la Ley 55/1999 incidirá en esta reducción fiscal, estableciendo severas restricciones cuantitativas <sup>63</sup>.

Por el interés que tiene para el análisis de contraste con la solución jurídico-laboral, conviene traer a colación una doctrina administrativa importante. Así, en ausencia de normas tributarias directamente aplicables a las opciones de compra, la Dirección General de Tributos ha deducido los criterios aplicativos de normas generales, extrayendo de ellas los principios de su tributación –inmodificados sustancialmente desde 1996– como recoge la Resolución de 13-3-2001, que confirma la

<sup>61</sup> Se ha criticado que «frente a su regulación expresa en una gran parte de los países occidentales, en España nos enfrentamos con un oscuro régimen legal, que no contempla específicamente la tributación de las opciones, lo que hace preciso acudir a las normas generales reguladoras de la imposición personal de los empleados, debiendo deducirse de ellas los principios que rigen su tratamiento tributario, lo que ha dado lugar a numerosas incertidumbres e inseguridades, que en cierto modo ha tratado de despejar la doctrina administrativa, en la mayor parte de los casos a través de la adopción de criterios que en mi opinión no guardan relación con la verdadera naturaleza jurídica y económica de estos derechos». Vid. S. COLMENAR. «La tributación de las opciones de compra de acciones a favor de empleados: estudio de una polémica». *Impuestos*, n. 23, 2001, pág. 12.

<sup>62</sup> La consideración como «rentas de capital» ha generado una situación liberalizadora y privilegiada de las SOs en EEUU y en la UE –ej. Francia, Alemania, Reino Unido, Bélgica–: deja de tenerse por renta laboral para reputarse incremento de patrimonio, quedando determinadas plusvalías subyacentes menores de un determinado umbral exentas del tributo. Peculiar es el caso de Holanda, cuya Administración tributaria se ha mostrado, hasta fechas recientes, escasamente proclive a la calificación como rendimientos de capital. NEYER. «*Arbeitnehmer-Aktioptionen bei grenzüberschreitender Tätigkeit*». BB 10, 1999, pág. 506. Para nuestro ordenamiento vid. LUCAS. «*Fiscalidad de las Stock Options: un apunte*». *Quincena Fiscal*, 22, 1999, págs. 10 y sgs.; J. IBÁÑEZ. *op. cit.* págs. 115 y sgs.

<sup>63</sup> Vid. artículo 17.2 a) IRPF: la cuantía del rendimiento no podrá superar la cantidad resultante de multiplicar el Salario Medio Anual del conjunto de declarantes por el número de años de generación. La cuantía de este «Salario Medio» ha sido modificada por sucesivos reglamentos (17.400 Euros desde 1-1-2001). Un criterio interpretativo, junto al típicamente regulador, contiene el artículo 10 RIRPF que desarrolla el precepto legal.

configuración como «rendimiento de trabajo en especie»<sup>64</sup>, con lo que vendría a coincidir con la opinión mayoritaria de los iusmercantilistas. Sin embargo, para las SARs es criterio de la DGT que se trata de una retribución dineraria obtenida en el momento de la liquidación de las diferencias referenciadas<sup>65</sup>.

### III. UNA NUEVA ATRIBUCIÓN PARA UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN SALARIAL: PARTICIPACIÓN RETRIBUTIVA Y SALARIO A RIESGO

#### 1. Tendencias actuales de la política retributiva: los ESOPs como paradigma de la remercanización del salario.

Según la concepción tradicional, el carácter «cambiarío» del salario excluiría toda prestación que presupone un desenvolvimiento de la relación laboral más próximo al contrato de sociedad, por cuanto le hace partícipe de una evolución de la empresa que viene determinada por la concurrencia de parámetros extraindividuales y, por tanto, externos a la relación contractual misma, con la consiguiente sujeción al riesgo de mercado. Pero la visión puramente cambiaria que presidió la comprensión originaria del contrato de trabajo en los ordenamientos de origen romanista, sencillamente ya no existe como tal, en la medida en que el propio marco normativo ha impuesto un paradigma comprensivo más complejo, que añade a la causa cambiaria básica bien las razones personales o extrapatrimoniales que gobiernan la relación laboral (derechos de la persona y derechos sociales de ciudadanía) bien las razones económico-mercantiles de la organización productiva en que se inserta (dimensión económica del salario).

Por tanto, no puede comprenderse el significado y alcance iuslaboral de las diferentes modalidades de SOs al margen de la doble evolución experimentada por la relación de trabajo y, paralelamente, por el concepto de salario, cuyas configuraciones jurídicas no quedan al margen de la rele-

<sup>64</sup> La falta de previsión específica, incluso al día de hoy, ha sido compensada por la estructura normativa abierta que caracteriza los tipos definitorios tanto del artículo 16.1 cuanto el artículo 43.2 a) IRPF. Aunque este último precepto se refiere a los sistemas de retribución mediante entrega de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, debe recordarse que los incentivos opcionales constituyen un sistema de remuneración alternativo, pues no hay entrega de acciones sino concesión de un derecho a poder decidir sobre una futura e incierta celebración de un contrato de compraventa de acciones. En este sentido, se ha afirmado que «*La concesión de opciones de acciones de compra de una empresa a los empleados de la misma o de otras entidades del grupo por su condición de tales, es calificable de rendimiento de trabajo en especie*» (Contestación a la Consulta no vinculante núm. 43/2001, 12.1). Vid. S. COLMENAR. «La tributación de las opciones de compra de acciones en favor de empleados: estudio de una polémica». *Impuestos*, n. 23, 2001.

<sup>65</sup> Configurándose los activos subyacentes sino como objeto de transmisión sino como mero valor de referencia (Consulta no vinculante núm.482/2001, 7.3). Esta orientación es análoga a la seguida en otras experiencias europeas. Así, el *Bundesfinanzhof* (Tribunal Supremo Federal alemán en materia tributaria) viene considerando, desde hace largo tiempo, que la concesión de SOs supone al empleado optatario, una vez ejercida la opción, un beneficio consistente en la transferencia de opciones a precio inferior al de mercado, que deriva del contexto de una relación laboral preexistente entre empleador y empleado. Vid. OHO-NEUMANN. «*The twist in the stock option tale*». ITR, 1998, pág. 27.

vancia o influencia del mundo de la organización de la empresa. Ésta, a su vez, tampoco puede prescindir de la dimensión eminentemente financiera de la economía de mercado que, como formalizara el texto constitucional, enmarca e inspira el funcionamiento de la empresa (art. 38 CE). En realidad, la fascinación y el enorme interés suscitado en toda Europa por aquellas sofisticadas formas de retribución reside precisamente en esta instrumentalización al servicio de objetivos más globales.

En efecto, su éxito se vincula a la promesa de alcanzar múltiples ventajas, potenciales y no exentas de equívocos, en el ámbito de la gestión de personal. La rápida difusión de estos sistemas de retribución por incentivos opcionales en las empresas más relevantes vendría a sintetizar y expresar emblemáticamente las principales líneas de tendencia de la regulación salarial, en el referido contexto evolutivo del modelo de regulación de las relaciones laborales: *flexibilidad* (variedad, individualización), *eficiencia* (personalización, remercantilización), *participación* retributivas (reasignación de riesgos y beneficios) <sup>66</sup>.

La flexibilidad salarial supone tanto un proceso de diversificación (*diferenciación*) salarial como la búsqueda de mecanismos que aseguren la traslación, directa o indirecta, a los trabajadores de riesgos que originariamente se entendían residenciados sólo, al menos formalmente, en la esfera del titular de la organización empresarial. La necesidad de gobernar la actual incertidumbre que preside el funcionamiento de los mercados y, por tanto, las condiciones de competitividad de las empresas, exigiría de la empresa respuestas diferenciadas y adaptadas a las transformaciones de la organización y gestión de la empresa de hoy, por lo que flexibilidad e individualización son rasgos para imprimir igualmente en la estructura salarial, tal y como reflejaba la opción de política del derecho claramente reflejada en la reforma de 1994.

La incertidumbre empresarial proyecta también sus efectos, y de forma especialmente incisiva, en el salario. Precisamente, uno de los rasgos inherentes a los sistemas de remuneración basados en opciones es la indeterminación, así como, al menos en su diseño teórico, la personalización de las percepciones. La *ratio* político-jurídica formalizada en el actual artículo 26.3 LET refleja con toda nitidez este proceso, en la medida en que normativiza o positiviza la relevancia que, en orden a fijar la estructura del salario, en su dimensión complementaria como se sabe, proyecta la concreta posición económico-competitiva de cada empresa, reforzando la función organizativa de la retribución salarial. La flexibilidad salarial implica, en definitiva, la asunción de una dimensión multifuncional que, además de ser coherente con la función económica del salario, se refleja de manera nítida en el concepto legal de salario, a través de la propia complejidad causal de su estructura <sup>67</sup>.

<sup>66</sup> «*Ci vuole più flessibilità salariale*» (es necesaria una mayor flexibilidad salarial), son las palabras con las que el gobernador del Banco de Italia comenzaba hace unos meses un artículo laudatorio y «arengador» sobre la figura aquí analizada. Vid. Antonio FAZIO. «*Stock options e flessibilità per rilanciare le imprese*», localizable en la página web de la *Repubblica.it*. En un contexto de relaciones laborales cada vez más orientado a favorecer los momentos de cooperación entre empresa y sus trabajadores, los ESOPs asumirían un creciente valor estratégico desde la perspectiva de la flexibilidad salarial y optimización de los costes del trabajo. Vid. para la experiencia italiana Y. FRANCIOSI. «*Partecipazione azionaria dei dipendenti: le ragioni di una regolamentazione*». DRI. n. 1. 2000. págs. 11 y sgs.

<sup>67</sup> La comprensión en términos jurídicamente significativos de esta capacidad del salario para adaptarse a las exigencias de la organización productiva no se queda únicamente en esta norma general, sino que, como resulta igualmente conocido, encuentra otros momentos significativos de plasmación legislativa. De este modo, sin perjuicio de la garantía de una

La percepción de atribuciones económicas por los empleados conforme a sistemas de retribución opcional, con vista a estimular el trabajo proyectado (salarios a incentivos opcionales), se funda estructuralmente en la configuración del «capital» –incluso hipotético– como fuente primaria retributiva. Por tanto, su distribución se orienta por el modelo de adquisición de una parte de los recursos propios de la empresa por parte de los trabajadores, pretendidamente «en equidad» de trato con sujetos que ocupan un papel determinante en el gobierno y gestión de la empresa. Esta proyección a las relaciones laborales «comunes» de sistemas retributivos nacidos en el marco de relaciones societarias, o bien para personas que participan directamente en la gestión de la empresa, por tanto propios del paradigma de intercambio mercantil, ilustra un ambivalente proceso de «remercantilización» del salario, como elemento más de la progresiva remercantilización del contrato de trabajo <sup>68</sup>.

Como es sabido, la tradicional concepción del contrato de trabajo evolucionó en una dirección según la cual el salario del empleado privado, en línea de aproximación al salario del empleado público, debía medirse no en atención a las utilidades recibidas gradualmente por el empresario, sino a las concretas capacidades actuales y potenciales del trabajador en el curso de una relación con vocación de permanencia. Fruto de esta visión se iniciaría una tendencia en los ordenamientos jurídico modernos a sustraer el salario de una directa correlación con el valor o utilidad que el empleador obtiene de la prestación, para vincularlo a las necesidades del trabajador como persona (efecto desmercantilizador).

En el último cuarto del siglo pasado, sin embargo, se diseñarían y pondrían en marcha tendencias opuestas de «remercantilización» del trabajo, en el sentido de redefinir el modelo regulador de las relaciones de trabajo atendiendo más de cerca y de forma más directa, menos filtrada socio-jurídicamente, a los intereses económicos del empleador y al contexto de mercado de la organización productiva en que las prestaciones se insertan <sup>69</sup>. La política de gestión retributiva que subyace a los ESOPs participa de un proceso más global de sujeción del régimen jurídico-laboral a las exigencias del principio de eficiencia económica, en otro tiempo llamado «principio de rendimiento» y hoy expandido bajo la veste de *principio pro domino* y *principio de defensa de la productividad ex artículo 38 CE* <sup>70</sup>.

---

cuantía mínima, a través de las disposiciones legislativas y convencionales, el empresario se aseguraría el permanente ajuste de la retribución a las igualmente diferentes condiciones de rendimiento, cualificación y actitud hacia los objetivos de la empresa. Vid. el interesante esfuerzo de síntesis de J.A. FERNÁNDEZ. *La configuración... op. cit.* págs. 305 y sgs.

<sup>68</sup> Aunque cierta doctrina judicial ha entendido que en los programas de ESOPs los trabajadores beneficiarios «nada pueden perder, no asumiendo el riesgo del negocio», por lo que se trataría de una «participación unidireccional en los beneficios de la empresa», no puede dejarse de reconocer que sí tienen una pérdida de ganancia prometida –lucro cesante–, lo que es más relevante si, atendiendo a las cláusulas condicionantes de la percepción, han podido comprometer «una total implicación... en la empresa», una «entrega incondicional a la misma» por causa precisamente de «esas expectativas de conseguir elevados ingresos». Vid. STSJ Madrid 2-10-2001, f.º 2. El componente de *alea* inherente al derecho de opción es especialmente intenso, para el empresario y para el beneficiario.

<sup>69</sup> Vid. para un estudio de estos fenómenos a la luz de los cambios productivos y las exigencias que de ellos derivan, por todos, J.L. MONEREO PÉREZ. *El salario y su estructura después de la Reforma laboral de 1997*. Valencia. 1998. págs. 45 y sgs.

<sup>70</sup> En este sentido, lo que es evidente es la dimensión organizativa y de control de este tipo de retribuciones, presentes ya en sus formulaciones más originarias de los «salarios a rendimiento» (ej. salario a destajo) y modernas (salarios por primas de productividad). En realidad, los sistemas retributivos más complejos y sutiles no son más que sistemas de incentivación al trabajo, buscando una mayor conmutatividad o equivalencia en la ecuación entre trabajo y salario, por tanto

Naturalmente, el grado de aceptación y de coherencia de esta forma retributiva singular asentada sobre revalorizaciones bursátiles del precio de las acciones concedidas por la empresa, dependerá en gran medida de su efecto sobre la estructura salarial. De este modo, si se desnaturalizase su complementariedad, por su efecto sustitutivo o reductor, en el proceso de erosión del protagonismo del salario base, en beneficio del papel de los complementos variables, como ya sucede con otras técnicas, cabría plantear importantes objeciones a esta política retributiva desde principios clásicos ordenadores del salario, como el principio de suficiencia o el principio de irrenunciabilidad de derechos, cuestionando incluso su validez <sup>71</sup>.

Puesto que su finalidad incentivadora (retribución motivacional) parece igualmente inherente a todas las modalidades de SOs, junto a la seguridad en el empleo, la participación financiera de los trabajadores, en el marco más global de las políticas de retribución por objetivos, parece reemerger con renovada pujanza en el panorama de las relaciones laborales y/o industriales. Los ESOs presentan, pues, una fuerte continuidad con el debate más global de la tan traída y llevada «participación de los trabajadores en la empresa», hoy reabierto desde diferentes perspectivas conceptuales y normativas <sup>72</sup>.

Junto al imperativo constitucional ex artículo 129.2, cuya existencia, no vigencia efectiva, desde hace más de dos décadas no ha variado sustancialmente el abstencionismo legislativo precedente, especial relieve adquiere de nuevo la mirada hacia la política socio-económica de la UE. Precisamente, bajo el telón de fondo de un Mercado Único, la Comunidad Europea viene expresando desde hace largo tiempo su preocupación por fomentar la introducción en los Estados miembros de diferentes formas de participación de los trabajadores en la empresa, incluyendo los denominados planes de participación financiera. La expansión de los ESOPs enlazaría con una renovada preocupación por fomentar la participación de los trabajadores, en términos análogos a lo que sucediera años antes en la experiencia norteamericana <sup>73</sup>.

---

responden al objetivo de encontrar el valor real de la actividad que se presta, sin que sea posible nunca, en la economía de mercado, encontrar el «salario justo» como equivalencia de prestaciones, más allá de una mayor capacidad de participación en los beneficios, como acredita la política de planes.

- <sup>71</sup> No se descarta, como se pone de relieve en algunos usos en empresas italianas, su instrumentación como vía para contener el costo global del trabajo y como vía para garantizar tratamientos preferenciales al margen del control colectivo. De ahí que se haya advertido sobre usos disfuncionales de la diversificación estructural del salario. Vid. H. MERINO-M.D. ROMAN. «Flexibilidad, racionalización y anomalías en algunos complementos salariales». *RL*, n. 11. 1989. Págs. 76 y sgs.
- <sup>72</sup> Los informes comunitarios PEEPER I y II recogen estas premisas para fundamentar las recomendaciones a las empresas europeas. Sobre las ventajas empresariales y macroeconómicas de la participación de los trabajadores deben verse las obras sobre «*share economy*» o economía participativa. Vid. MEADE. *Different Forms of Share Economy*. Londres. 1986. Este modelo de la retribución variable cuenta al mismo tiempo con significativos críticos también desde una perspectiva económica, especialmente en la corriente preconizada por la Escuela del Análisis Económico del Derecho («inefficiency of group incentives» y «free rider»). Vid. A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ-I. GÓMEZ. *La colocación privada de valores*. Madrid. 1999. Págs. 94 y sgs.
- <sup>73</sup> Específicamente vid. la Recomendación del Consejo 92/443/CEE, 27.7. Un análisis de la misma en M. GONZÁLEZ LABRADA-R. VALLEJO D'AGOSTA. «*La participación en los beneficios y resultados de la empresa y la flexibilidad salarial*». En Aa. Vv. (Dir.: José Luis Monereo). *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*. Granada. 1996. págs. 303 y sgs. La evolución, sin embargo, de esta concepción parece incierta como acredita el Informe PEEPER II («*promotion of employee participation in profits and enterprise results*»), donde ya no se consideran tan evidentes los efectos sobre la flexibilidad salarial y la productividad, si bien se sigue confiando en su dimensión motivadora o incentivadora de los trabajadores (función fidelizadora). Vid. P. MALHERBE. «Les plans d'options sur actions». En Aa. Vv. *La participation financière des travailleurs*. Bruselas. 1998.

En este contexto, los programas de SOs, como paradigma de políticas retributivas participativas inspiradas no tanto en objetivos de reparto de la riqueza (democracia económica y justicia social), sino en el valor de la eficiencia, viene a ser la última expresión, por el momento, de un nuevo modelo de regulación salarial que refuerza el papel de la autonomía privada. Sin embargo, al día de hoy esta figura no participa de un «modelo pluralista» de regulación, dada la marginación de las fuentes colectivas en favor de la autonomía individual, vía contrato, y de la libertad de empresa, vía normativa interna.

Ciertamente esta apertura a nuevos espacios a la individualización de los sistemas retributivos es una regla formalizada en el artículo 26.3 LET, no menos cierto es que esta reasignación de competencias reguladoras en favor de la autonomía individual asume un carácter subsidiario y subordinado a la autonomía colectiva. Pero como ésta hoy brilla por su ausencia, es claro que la remisión legislativa (deslegalización) al derecho contractual readquiere plenitud reguladora.

Sin embargo, la historia de estos sistemas –y de su regulación– evidencia claramente que la determinación de lo que es económicamente eficiente no es *apriorística* ni puramente técnica. Antes al contrario, es siempre un asunto social y como tal, debe ser objeto de eficaces sistemas de control colectivo. Por tanto, sean razones derivadas del «plus» de riesgo asumido por los trabajadores sean razones de coherencia o racionalidad, hacen que la expansión de estos sistemas retributivos generen expectativas de participación «en la gestión» o, cuando menos, de control procedimental sobre el funcionamiento de estos mecanismos retributivos de carácter variable.

Ciertamente, la actual difusión de la imagen del empleador como «autoridad normativa salarial»<sup>74</sup> podría mermar viabilidad a este planteamiento. Pero no menos verdad es que la recientísima promulgación –aunque su vigencia se aplaze hasta el 2004– de una coordinada regulación societaria y laboral del estatuto de la sociedad anónima europea puede ilustrar, justamente, la corrección de este sendero de política del derecho<sup>75</sup>.

## 2. La dimensión funcional del salario: relatividad y evolutividad de las nociones jurídico-estipulativas sobre remuneración del trabajador.

A la vista de esta visión dinámica de la configuración y regulación del salario, además de la complejidad de una práctica que multiplica las voces salariales pero también las «para» o «extra-salariales», parece evidente la capacidad del concepto legal de salario para integrar y asumir nuevas

<sup>74</sup> Vid. M. RICCI. «Retribuzione variabile e sistema de relazioni industriali: problemi e prospettive». RGL. 1990-I. págs. 67 y sgs.

<sup>75</sup> Vid. Reglamento CE n. 2157/2001, 8.10, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) y Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de la misma fecha, por la que se «*completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*». Aunque en principio ambas ramas de la participación, en el gobierno y gestión de la empresa, por un lado, en su valor patrimonial, por otro, son distintas, y tienen mecanismos diferentes, no puede ignorarse que ambas buscan el mismo objetivo de mejora de la capacidad competitiva de la organización y que, el objetivo de convergencia o compromiso que buscan, requieren en todo caso concesiones recíprocas, en el primer caso buscar la mejora de las condiciones de trabajo, en el segundo, buscar su capacidad de control (procedimentalización colectiva).

formas retributivas provenientes de las técnicas de ingeniería jurídico-financiera y mercantil. Del mismo modo, el análisis detenido de la actual regulación legal –y convencional– del salario evidenciaría no sólo su dinamismo evolutivo sino también, al mismo tiempo, su relatividad o carácter funcional. El concepto de salario recogido con carácter general en el artículo 26.1 de la LET no agota los conceptos jurídico-laborales operativos o vigentes. En efecto, lejos de encontrar hoy una noción monolítica y uniforme de salario, hay que concluir que ni existe un concepto ontológico de salario a efectos jurídicos, esto es, universalmente válido, ni tan siquiera un concepto único de salario a los efectos laborales, esto es, relevante a cualquier efecto para el entero régimen jurídico de la relación de trabajo. Al contrario, se admite la existencia de una diversidad de conceptos atendiendo a cada regla e institución que lo reclama para definir su ámbito de aplicación. El Derecho Comunitario ofrece un magnífico ejemplo, al ampliar el concepto de remuneración hasta el extremo al objeto de hacerlo útil para garantizar el principio perseguido: la no discriminación salarial <sup>76</sup>.

El concepto jurídico de salario ni puede petrificarse en un texto (evolutividad) ni utilizarse por igual a todos los posibles efectos jurídicos (relatividad). De ahí el protagonismo de la jurisprudencia para integrar el ordenamiento cuando se utilizan conceptos especialmente abiertos a la realidad socio-económica del momento. Sin embargo, el juez no podrá hacer aplicación del concepto legal al margen de un análisis exhaustivo de criterios y fuentes extralegislativas para integrar un concepto legal tan abierto –no inútil insistimos– <sup>77</sup>.

El problema conceptual se resuelve, pues, como un problema eminentemente interpretativo, que difumina, aunque no quiebra, el «imperio» tradicionalmente atribuido a la regulación legislativa, que rechazaría la soberanía calificatoria de la autonomía, individual o colectiva. La dimensión imperativa de la regulación legal no excluye el papel de éstas a la hora de determinar la función de contraprestación salarial o no de cada concreta partida <sup>78</sup>.

<sup>76</sup> El artículo 141.1 TCE afirma que se entiende por retribución «el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». Un concepto extensivo indudablemente al que se ha sumado una jurisprudencia del TJCE no menos expansiva que, con el tiempo, se ha hecho irrecognoscible para los ordenamientos laborales nacionales, que impide su utilización interpretativa fuera de su concreto ámbito: la garantía de efectividad del principio de no discriminación: identificación con el de coste económico. Pese a las enormes consecuencias económicas de este tipo de decisiones, que ha llevado a diversas intervenciones legislativas, se ha consolidado. *Vid.* entre muchas la SsTJCE 13-5-1986, Asunto Bilka Kaufhaus, C-170/84; 17-5-1990, Asunto Barber, C-262-88; 14-12-1993, Asunto Moroni, C-110/91; 13-2-1996, Asunto Gillespie, C-342/93 y 13-7-2000, Asunto *Defrey/Sabena, S.A.*, C-166/99.

<sup>77</sup> La evolución histórico-jurídica del salario tomó rumbo hacia el carácter remuneratorio o retributivo del salario («por razón del trabajo», ej. art. 37 LCT/1944 «por razón o en virtud del salario o servicio prestado»), alejándolo progresivamente de cualquier otra ventaja o beneficio que «con ocasión» de la relación laboral percibiera el trabajador (ej. art. 33 LCT/1931). Paralelamente se produjo la evolución de otros preceptos que ampliaban notoriamente la «función económico-social» del salario, y que ya se refleja claramente en el propio artículo 26.3 LET, no en el artículo 26.1 LET.

<sup>78</sup> Las limitaciones a la autonomía privada en la determinación de la naturaleza salarial o extrasalarial persiguen evitar la exclusión de determinadas partidas a la consideración salarial, con perjuicio no sólo del trabajador sino del sistema de Seguridad Social. La falta de libertad no supone, sin embargo, la exclusión de un criterio interpretativo de envergadura a tener en cuenta por el intérprete, por supuesto siempre al margen del *nomen iuris* y atendiendo a la específica estructura y dinámica de funcionamiento de cada concreta partida.

Desde esta perspectiva, la siguiente dicotomía resultará especialmente significativa a la hora de calificar las SOs como salario y, posteriormente, determinar el concreto alcance y significado de esta atribución. Así,

- a) salario sustantivo (*salario-contraprestación*): calificación tipológica del «precio» por la prestación de servicios y consiguientes problemas de tutela del crédito retributivo.
- b) salario-referencia aritmética (*salario-parámetro*): base de cálculo de distintos institutos o elementos retributivos <sup>79</sup>.

Si la atribución patrimonial percibida por el trabajador en concepto de SOs podría encuadrarse, como veremos, dentro del primero, es claro que a falta de una legislación específica al respecto debe quedar descartado del segundo. En este sentido, frente a la difundida creencia, y consiguiente temor, relativa a la existencia de una relación automática entre calificación salarial y consecuencias jurídico-laborales y sociales, conviene tener bien presente la ya varias veces referida dimensión funcional de la noción de salario y, por tanto, su relatividad a efectos de reconstruir el régimen jurídico de una determinada atribución patrimonial percibida por el trabajador bien con causa bien con ocasión de la prestación de servicios.

Existe, en definitiva, una cierta autonomía conceptual y normativa entre el problema relativo a determinar si la liquidación de opciones de compra pueden considerarse como salario-contraprestación, respecto del problema, mejor conjunto de problemas, ligados a determinar cuál es el concreto régimen jurídico-laboral aplicable en cada caso. El primero debe dirigir su mirada hacia la identificación de la conexión causal de aquella atribución patrimonial con la efectiva prestación de servicios profesionales, al margen de la dimensión de totalidad u omnicomprensividad característica, para lo que habrá que replantear una vez más la causa del contrato de trabajo más allá de la pura relación de intercambio obligacional. El segundo requiere principalmente indagar de forma particularizada las concretas razones reguladoras que están en la base de las normas e instituciones afectadas por estas políticas retributivas, que no admiten respuestas rígidas o uniformes.

En definitiva, el actual concepto legal, al reducir la complejidad estructural de la retribución salarial mediante procesos de simplificación normativa, lejos de representar una elección excluyente pretendería gobernar los procesos de adaptación de los sistemas retributivos a través del recurso a conceptos que, el juez, atendiendo a cambios organizativos y legislativos, así como al resto de fuentes, pueda integrar convenientemente. Pues bien, rechazando la ecuación atipicidad = extrasalarialidad, la doctrina judicial, en instancia y en suplicación («jurisprudencia menor» o de anticipación), primero, y luego la jurisprudencia, en unificación de doctrina, han cumplido con este papel respecto a los ESOPs. La solución ha resultado, además de polémica, claramente deficiente en su fundamentación.

<sup>79</sup> Vid. L.E. DE LA VILLA. «Criterios determinativos del salario ...». *RFDUM*. n. 8. 1960. págs. 366 y sgs.

#### IV. LA CALIFICACIÓN SALARIAL DE LA RETRIBUCIÓN OPCIONAL POR LA JURISPRUDENCIA: UN CUADRO DE LUCES Y SOMBRAS

En efecto, como ya se ha hecho referencia en diversas ocasiones en este trabajo, al objeto de poner fin a la polémica doctrinal y judicial levantada, y aun considerando que tal pronunciamiento no sería necesario en el concreto caso enjuiciado, el Tribunal Supremo se ha sentido en la necesidad de tomar postura para dictar jurisprudencia unificadora, aceptando la posición de quienes sostenían la naturaleza salarial de las retribuciones opcionales, al menos de las analizadas en sendos supuestos litigiosos, correspondientes al mismo ESOPs. Aunque la decisión no ha carecido de significativas voces discrepantes en el propio seno del Alto Tribunal, por lo demás habituales en la Sala de lo Social del TS, puede compartirse con carácter general la opción adoptada por el Alto Tribunal.

No obstante, como ya se evidenció igualmente, esta jurisprudencia, junto a las luces, presenta un significativo cuadro de sombras o claroscuros que convendría aclarar o despejar de forma más firme o convincente por razones prácticas también indicadas. A la incertidumbre generada por las carencias argumentales de la posición mayoritaria, no menores que las presentes en el voto particular, se añade la misma inseguridad de política del derecho derivada de su opción extremadamente autorrestringida, descartando poco comprensiblemente la aplicación de la presunción de salario a todas y cada una de las modalidades de incentivos retributivos opcionales en los que se contemple la participación de los empleados no directivos<sup>80</sup>.

Vamos a dejar expuestas de forma resumida las principales decisiones de la doctrina leja, con sus correspondientes argumentaciones, para luego, en el próximo apartado, proceder a un análisis más detenido y, en nuestra pretensión al menos, más consistente, de esta tesis de la salarialidad y de los fundamentos que la avalarían, en contra de las tesis que rechazan tal carácter. En este sentido, dejaremos en un segundo lugar, porque ya nos detuvimos en ellas en el apartado II, las opciones conceptuales adoptadas por el TS en relación a los aspectos más propiamente estructurales del derecho a la retribución opcional y al negocio jurídico complejo que le sirve de fundamento inmediato. Mayor atención debe merecer el control de consistencia realizado, no con demasiada fortuna argumental, sobre las SOs respecto al concepto legal de salario.

---

<sup>80</sup> Aunque dejamos fuera el análisis de los ISOPs para altos directivos, que presentan algunas singularidades normativas relevantes, conviene hacer una precisión. Puesto que las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario, lo que permite un margen de interpretación amplísimo –«norma en blanco» o de remisión de plano a la práctica jurídico-mercantil–, no cabe duda que se incluyen las SOs (art. 15.1 Decreto 1382/1985, 1.8, regulador de la relación laboral especial de alta dirección). En este sentido, pese a que algún autor (J. BANEZ) considera su carácter extrasalarial, al margen de que se recurra para su protección a la técnica de la ficción jurídica, la doctrina elaborada en suplicación por el TSJ Madrid no ha distinguido, sin embargo, para calificar como salarial los ingresos derivados del ejercicio de derechos de opción, entre relación laboral ordinaria (Sent. 2-10-2001) y relación especial de alta dirección (Sent. 22-2-2001).

Respecto al primer grupo de cuestiones, las opciones conceptuales, ya vimos cómo el TS configura la *retribución opcional como un auténtico derecho*, no como una pura oferta o negocio jurídico de concesión unilateral de expectativas sobre opciones <sup>81</sup>. Asimismo, acepta la configuración doctrinal de las *Stock Options* como «*un negocio jurídico de estructura compleja*» <sup>82</sup>.

Respecto al segundo grupo de cuestiones, los relativos a la configuración salarial de los derechos opcionales, los principales argumentos esgrimidos por el TS para decantarse por la *naturaleza salarial de este derecho retributivo opcional* son los siguientes. A saber:

1) Causa remuneratoria de la atribución patrimonial (conexión causal con la prestación de servicios).

Aun reconociendo la imposibilidad de individualizar una solución unitaria para la infinidad de programas de este tipo conocidos en la práctica, el TS enfatiza la finalidad marcadamente remuneratoria de la atribución patrimonial en que se concreta, de ser positiva, la liquidación de la opción concedida por la empresa retribuyente –no el derecho de opción mismo al que niega, incorrectamente como vimos tanto desde una perspectiva dogmática tradicional como desde un análisis renovado a la luz de la evolución de los hechos económicos institucionales, un valor patrimonial intrínseco relevante a efectos iuslaborales, que sin embargo sí tiene– <sup>83</sup>. Pese a que ésta es el argumento más relevante para determinar la inclusión o no en el concepto legal de salario, sorprendentemente el TS no realiza mayores consideraciones.

El análisis de los aspectos funcionales de estos sistemas retributivos más arriba expuestos permite verificar esta afirmación jurisprudencial. Los propios datos estadísticos (argumento práctico) permitirían corroborar, al menos en parte significativa, esta conexión entre incremento del valor para el accionista, rentabilidad empresarial y mejora de la gestión de la misma. Sin embargo, la afirmación hecha en los términos de la doctrina legal resulta menos evidente de lo que presupone, resulta poco convincente y susceptible de reproche.

<sup>81</sup> Vid. STS 24-10-2001 fj. 3. Como simples «expectativas de derecho» fueron calificadas en las SsTTSSJ Madrid 10-4-1992, 22-6-1999, Galicia 24-9-1999, si bien se basaron en que los eventuales beneficios no habían ingresado en el patrimonio del actor al no haberse ejercitado. También consideran la opción como simples «expectativas de derecho» SsTSJ Madrid 22-2-2001 y 2-10-2001.

<sup>82</sup> Parece optarse, así, por la opinión minoritaria, aunque muy autorizada, según la cual los diferentes actos jurídicos que formalizan las fases del proceso de retribución opcional pertenecen a un mismo *iter* negocial, constituyendo dos etapas de un mismo negocio, aunque complejo (DE CASTRO, DíEZ PICAZO). En cambio, para otros estamos ante *dos negocios jurídicos autónomos, aunque coligados*, pues uno trae causa del otro y se encuentran concatenados a través de su enlazamiento sucesivo (ROCA SASTRE). No obstante, y esto es lo que importa reseñar, estamos ante dos formas diferentes formalmente de explicar una misma realidad: la unidad funcional. En efecto, estamos ante un proceso estructurado en varias fases jurídicamente diferenciadas pero dotadas de una unidad funcional socio-económica, esto es, de una unidad causal aunque compleja. La doctrina civilista advierte claramente de la unidad de todo el proceso.

<sup>83</sup> STS 24-10-2001, fj. 7.º, párrafo 5.º *in fine*. Ésta sería precisamente la justificación, como ya se vio, de la introducción en el Plan Aegón de un periodo de carencia de ejercicio, porque de este modo «aumenta la implicación de los empleados... y se les estimula a que contribuyan al crecimiento y éxito de la empresa». La razón de este reconocimiento estaría en la optimización de costes que generaría como consecuencia de la fidelización del trabajador –aprovechamiento de su experiencia para la empresa y ahorro de los costes que tendría nuevas contrataciones en sustitución de los que se marcharan antes–.

Sin duda la pasada coyuntura extraordinariamente favorable al desarrollo de los mercados de valores, así como el *boom* económico de las empresas de la denominada «nueva economía» y de las empresas del sector financiero, más que proporcional a la existencia de un ciclo expansivo de la economía en general, son factores que deben ser debidamente ponderados para evitar el establecimiento de una relación causa efecto entre los *stock options plans* y el incremento del valor de las empresas cotizadas. Sin embargo, tampoco sería correcto dejarse arrastrar por un juicio excesivamente condicionado por este oportunismo o coyunturalismo económico-financiero <sup>84</sup>.

En este sentido, y aunque no se analizan los eventuales criterios de medición del rendimiento preestablecidos, cuya existencia se desconoce, el concreto programa de ISO del Grupo Aegón también operaría para el TS, como en general para los altos directivos o ejecutivos, como inversión en trabajo determinante de un plus de rendimiento e implicación del trabajador en los objetivos de la empresa, desempeñando esta vinculación al resultado la prima o precio de opción. La vinculación entre la actividad del empleado beneficiario, su esfuerzo y dedicación con el beneficio económico recibido, valorable en dinero derivado del ejercicio de la opción, sería evidente para esta jurisprudencia, con lo que estaríamos ante el primer y principal presupuesto del concepto legal de salario: su percepción a causa o como consecuencia de la prestación de servicios realizada <sup>85</sup>.

2) Concurren en la atribución patrimonial, en que se materializa el ejercicio de la opción, el resto de los caracteres técnico-jurídicos en el «tipo» legal de salario.

Aunque la existencia de finalidades particulares en la atribución patrimonial es compatible con el concepto legal, aunque difumine o relativice la función estrictamente cambiaria de la contraprestación, es opinión ampliamente difundida que sólo podrá ser configurado como salario aquel componente que participe estrictamente de todos los requisitos tipológicos que caracterizan legalmente la prestación salarial en cuanto tal –commutatividad, certeza o determinación, continuidad, suficiencia–. Pues bien, plenamente consciente de esta exigencia ineludible, la doctrina legal, aun reconociendo su singularidad o particularismo, atipicidad legislativa si se quiere, no duda en identificar, ciertamente no sin demasiado esfuerzo argumental, ni legislativo, ni jurisprudencial, la presencia de las principales notas caracterizadoras de las partidas típicamente salariales <sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Para la utilidad de los planes de *stock options* puede leerse el *Estudio Anual sobre la Rentabilidad Total para el Accionista de las empresas del Ibex 35 con planes basados en acciones*, realizado por la Consultora Buck Heissmann, en el que se analiza, con saldo positivo, la correlación entre la utilización de estos planes y la creación de valor para el accionista en España. La cita aparece en F. PÉREZ DE LOS COBOS. «Implicaciones laborales de las stock options». *AL*, n. 4, 2001, pág. 58.

<sup>85</sup> El retorno de esa inversión se desconoce, considerando que el valor del trabajo es asignado por la empresa siempre discrecionalmente, de ahí la necesidad de cláusulas que aseguren un equivalente a la percepción, medido en términos de un juicio positivo de rendimiento *a posteriori* y personalizado (criterios personales de evaluación del rendimiento). De la narración de hechos no se desprende que esta exigencia se contemple expresamente en el Plan ISOs del Grupo AEGÓN, aunque en todo caso debe tenerse en cuenta que las *eventuales ineficiencias en el diseño y aplicación del plan sólo son imputables a la empresa porque lo que no se puede trasladar es este riesgo, como tal, al trabajador en sede interpretativa*.

<sup>86</sup> Para un análisis de todos estos requisitos, con una argumentación rigurosa y atendible, aunque no siempre compartible, vid. J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS. *op. cit.* págs. 300 y sgs.

Así, siguiendo un poco cuidado método tipológico funcional, basado más en pretendidas evidencias que en razonamientos sólidos, la jurisprudencia ha entendido que la remuneración derivada del ejercicio de un derecho opcional constituye:

- a) Se trataría de una modalidad retributiva indirecta de la prestación de servicios.

Como sucede en múltiples formas de remuneración complementaria «a rendimiento» –ej. *bonus* por objetivos de grupo, reparto de beneficios lineal o por categorías...–, la retribución opcional «no tiene una relación totalmente directa con la actividad del trabajador». Aunque tampoco aquí hay fecundidad argumental, y pese a ciertas críticas doctrinales, la afirmación es absolutamente irreprochable, no ya sólo en el plano conceptual sino en el plano legal, dada la referencia expresa a esta forma de conexión causal en el artículo 26.1 LET.

- b) La aleatoriedad del beneficio no perjudica el carácter objetivo y determinable del parámetro de fijación de la cantidad a percibir: la cotización en Bolsa.

Para el TS, y confirmando el análisis que ya se efectuó en la primera parte de este trabajo, uno de los elementos más característicos de esta nueva forma retributiva pero al mismo tiempo más «atípicos del derecho de opción sobre acciones» como retribución salarial es su «variabilidad o aleatoriedad» (*incertus an, incertus quantum*). Ciertamente, la presencia de este *plus de alea convencional* en el contrato de trabajo «no priva al beneficio del carácter salarial...». Ahora bien, la razón que esgrime la opinión mayoritaria, con el debido respeto, no puede ser más peregrina y constituye uno de los puntos argumentales más débiles de la doctrina porque incurre en un argumento típicamente circular o tautológico: no es relevante tal indeterminación porque existe una relación causal derivada de la finalidad remuneratoria global, excluyendo la debida verificación en concreto del resto de rasgos tipológicos<sup>87</sup>.

La instrumentalidad del salario al servicio de la organización empresarial explicaría la posibilidad de introducir no sólo técnicas mediatas de control de la actividad del trabajador en interés de la empresa, sino también, como sucede con los incentivos opcionales, mecanismos para hacerle partícipe del riesgo derivado de acontecimientos que exceden de la órbita del control de ambas partes, como sucede con la cotización bursátil. Respetando los mínimos legales (SMI) y convencionales (salario profesional) la regulación deja suficientes espacios para introducir contractualmente elementos adicionales de «aleatoriedad»<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> En realidad la aleatoriedad de la retribución opcional no es muy diferente en su sustancia, aunque ciertamente intervengan factores parcialmente diferentes, a la aleatoriedad o indeterminación el denominado *bonus* de rendimiento o por cumplimiento de objetivos, pues su consecución tampoco depende únicamente del hacer diligente y comprometido o cooperativo del trabajador, sino de otros muchos factores económicos coyunturales y de política empresarial, que escapan al control del trabajador en gran parte. En este sentido, mucho más convincente es la argumentación de la *STSJ Madrid 2-10-2001*.

<sup>88</sup> El concepto de «aleas» no es exclusivo de los denominados contratos aleatorios (art. 1790 del C.c.), a cuya categoría es claro que no pertenecen ni el contrato de trabajo ni el propio contrato de opción, pues de lo contrario sí se excluiría el carácter salarial –por lo mismo tampoco es gratuito realmente, pese a lo que afirma la doctrina legal–. La aleatoriedad, en todo caso, no ha de entenderse en sentido técnico-jurídico estricto, pues es claro que no estamos ante un contrato

- c) Refleja un ámbito de libre decisión por parte del trabajador (cláusula electiva) excluido de la prohibición legal de irrenunciabilidad de derechos.

La referida vinculación de la partida patrimonial resultante de la materialización del derecho de opción a un hecho externo, previsto y querido por las partes, pero no gobernable enteramente por ninguna de ellas, por tanto, futuro e incierto, como es la revalorización bursátil del capital subyacente, representa la sujeción de la posición salarial a un riesgo propiamente económico o de mercado cuya única juridificación se produce a través de la conclusión de un negocio jurídico entre las partes (alea convencional). Este dato nos plantea no sólo un problema calificadorio en sentido estricto, por cuanto se hace partícipe al trabajador de un riesgo originariamente configurado como ajeno (ajenidad en los riesgos), sino también un problema regulador.

En efecto, en la medida en que tal mecanismo de redistribución de riesgos puede contrariar una de las reglas jurídicas básicas del Derecho del Trabajo, la inmunidad del salario a los riesgos de empresa, podría entenderse concluido un negocio jurídico inválido, en cuanto contrario a la prohibición de renuncia de derechos indisponibles ex artículo 3.5 LET. Conocida es, a este respecto, la tradicional dimensión de «orden público laboral» que ha asumido la regulación de esta materia, tanto por la trascendencia económica como social de esta institución, con la consiguiente proliferación de normas restrictivas y correctoras de la autonomía privada, por tanto indisponibles *in pejus*.

La doctrina legal salva igualmente este escollo, y aunque no se limita a afirmar que la eventual inactuación del derecho «en modo alguno supone un acto de disposición prohibido por la ley, sino un acto de mera libertad del trabajador», sino que va más allá para excluir la aplicación de aquel precepto a componentes retributivos que no tienen el carácter de «derecho necesario», como serían precisamente las cantidades derivadas de un Plan ISOs. Aunque en los casos que han servido para afirmar la doctrina legal referida entendemos que se respeta el sistema de fuentes cabría esperar de la Sala Social, pero no lo ha hecho, que previniera sobre un posible uso modificativo del sistema de fuentes, en cuanto podría dar lugar, en determinadas condiciones, a un nuevo ejemplo de «individualización en masa» del régimen salarial convencionalmente negociado <sup>89</sup>.

---

aleatorio, ni por el parámetro al que se vincula la retribución ni por la limitación cuantitativa de la retribución salarial sujeta a riesgo de mercado. De la misma manera que el devengo de un *bonus* en función de la facturación o resultados de la empresa puede depender de una condición suspensiva, que de no darse determinaría su no exigibilidad, como sucede en el caso analizado por la STS 22-5-1990, también una retribución opcional o bono de revalorización en atención a la concreta situación bursátil de la empresa puede sujetarse a determinadas condiciones que, de no darse, puede acarrear su inexistencia incluso. La posibilidad de individualizar elementos de aleatoriedad en contratos no aleatorios en E. BETTI. *Teoría general de las obligaciones*. Vol. II. Madrid. 1970. pág. 871.

<sup>89</sup> Vid. recientemente el interesante ejemplo analizado por la STCo. 25/2001, 26-11, que corrige el criterio flexibilizador del TS aunque, paradójicamente, no anula este fallo. De este modo, se relativiza la tradicional configuración de la normativa reguladora del salario como de orden público, en línea con el proceso de flexibilización no sólo legislativa sino jurisprudencial. Para la posición tradicional, en la doctrina judicial *vid.* STSJ Murcia 29-11-1999.

- d) Creación una norma general implícita incluyente: es imposible reconducir esta atribución en la lista de exclusiones legales por su carácter *numerus clausus*.

Con este argumento *a sensu contrario*, extraído de la lectura efectuada sobre el criterio legal excluyente o negativo recogido en el artículo 26.2 LET, la doctrina legal deja de ser deficiente argumentativamente para constituir lisa y llanamente un inexplicable error de técnica hermenéutica. La imposibilidad de reconducir la retribución opcional al ámbito aplicativo de las normas particulares excluyentes del precepto estatutario, pues, ciertamente, «en ninguno de tales conceptos tiene cabida el devengo que examinamos...», le lleva a deducir el carácter salarial, afirmando incorrectamente el carácter taxativo de la lista contenida en el artículo 26.2 LET<sup>90</sup>.

La doctrina legal ha creado, así, una «norma general implícita incluyente» que, sencillamente, no existe en nuestro ordenamiento. No sólo no se deriva del precepto referido una voluntad legislativa de crear una lista rígida o cerrada, sino que encontramos diferentes preceptos legales que contienen atribuciones patrimoniales que no tienen naturaleza salarial, sino indemnizatoria o «previsional» –ej. compensaciones económicas por pacto de exclusividad ex art. 21.3 LET; beneficios sociales o «*fringe benefits*»...–. A nuestro juicio, en pura técnica jurídica, y como se deriva no sólo del voto particular sino de una contundente jurisprudencia anterior (STS 10-11-1986), junto a normas particulares incluyentes existe una norma general excluyente: no son calificables como salario las percepciones que no tengan causa remuneratoria sino indemnizatoria o compensatoria, más allá de las contempladas en el artículo 26.2 LET.

- 3) La garantía de efectividad de la norma laboral: irrelevancia del *nomen contractus* del plan o programa de SOs.

Aunque no aparece expresamente formulada, sí que se desprende claramente de los razonamientos utilizados el primado de la labor calificatoria del juez sobre la denominación o estructura contractual que asume la partida retributiva de referencia. La fijación por el propio legislador del sentido y alcance que haya de darse al concepto jurídico-laboral de salario, si bien siempre con el límite de los concretos efectos jurídicos acotados o perseguidos en cada precepto, excluye que las partes puedan válidamente alterar la naturaleza salarial de un complemento concreto que tenga su causa en el contrato de trabajo, sin perjuicio de la evidenciada libertad de conformación de la estructura salarial, siempre que no produzca efectos abusivos y/o fraudulentos o elusivos (economías de opción)<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> El carácter salarial de las SOs se debería igualmente a que «no tienen la condición de salario únicamente las cantidades percibidas por el trabajador...» por los conceptos excluidos expresamente.

<sup>91</sup> En uno de los planes, como el de TERRA NETWORKS, se configuran las opciones como «compensaciones otorgadas a los empleados» distintas de «salarios» y «seguros sociales». Vid. TERRA, S.A. Folleto de oferta pública de suscripción y admisión a Bolsa, 29-10-1999, sub. cap. iv. 222, pág. 63.

La condición salarial de una determinada atribución patrimonial percibida por el trabajador durante el desarrollo de su prestación de servicios no se transforma, conforme al conocido principio «realista» –más correctamente principio de efectividad de la norma laboral–, por la denominación que realicen las partes. Sobre este principio de irrelevancia del «nomen iuris» es concorde la doctrina y la jurisprudencia por lo que no merece mayor comentario <sup>92</sup>.

Una vez afirmada la naturaleza salarial de la concreta modalidad de SO que enjuicia reconduce la atribución patrimonial en que se concreta hacia el artículo 26.3 LET, si bien no aclara con precisión a qué grupo de complementos pertenece. El carácter taxativo que sí tiene esta lista, a diferencia de la del artículo 26.2 LET, obliga a incluirlo en uno de ellos (personales, funcionales u objetivos, organizacionales), y aunque parece que se vincula a los denominados *complementos organizacionales* («situación y resultados de la empresa»), no da mínimos argumentos dirimientes o resolutivos, refiriendo confusamente a los 3 recogidos en el precepto legal. La complejidad del concepto retributivo «nuevo» puede explicar esta indefinición y «promiscuidad» conceptual, pero no lo justifica, y da una nueva prueba de la desidia argumental de esta doctrina legal <sup>93</sup>.

La jurisprudencia pretende resolver asimismo una tercera gran cuestión en orden a la calificación de la SOs como percepción salarial. En efecto, la doctrina especializada sobre estas complejas formas remuneratorias coincide en destacar que si difícil es tomar posición por su carácter salarial o extrasalarial, aún más complicado aparecería decidir si pertenece a la modalidad de las *retribuciones dinerarias en metálico* o, en cambio, constituye una modalidad de *salario en especie o in natura*. Esta última opción es seguida mayoritariamente por la doctrina iusmercantilista –y por emulación la iuslaboralista–, que ve en los ISOPs incentivos no monetarios, y ésta es también la doctrina jurídico-tributaria.

No se le plantea duda alguna, sin embargo, al TS, que opta resueltamente por su calificación como una remuneración en metálico o dineraria en las dos principales modalidades de ISOPs aquí vistas, las SOs y las SARs. Si esta calificación tiene a su favor convincentes argumentos, y provoca importantes efectos reguladores –ej. exclusión del límite legal del 30%, según una norma claramente garantista o protectora del derecho a una renta en metálico –, habrá que reprochar particu-

<sup>92</sup> De denominación «calificadora sin fuerza vinculante» la refiere STSJ Madrid 23-2-1999, ar. 781. También STSJ Madrid 19-5-1998 ar. 1720. La jurisprudencia queda claramente reflejada en SsTS 21-4-1986, ar. 1857 y STS 12-2-1985.

<sup>93</sup> La analogía con los complementos de participación en beneficios no puede llevarse más allá de su dimensión variable, con los consiguientes efectos de indeterminación y falta de garantía de continuidad, pues mientras que aquéllos reflejan los «resultados de la empresa», los complementos fijados en función de la revalorización de cotizaciones reflejan la «situación bursátil» de la empresa –o grupo de empresas– si cotizan, si no del «valor financiero-patrimonial» de la misma –o del grupo–. Ambos son, pues, complementos típicamente organizacionales, incluíbles en la tipología de los complementos salariales ex artículo 26.3 LET, al margen de que puedan expresar un contiguo fenómeno de participación en el capital, lo que efectivamente sólo ocurrirá si se retienen las acciones sobre las que se ha ejercido la opción de compra, no si se percibe la revalorización –SARs– o se venden las acciones adquiridas –SOs–. No cabe descartar, sin embargo, dada la dimensión «motivacional» e incentivadora inherente a esta forma retributiva una vinculación, aunque en términos modernos, con los *complementos personales* (incentivo de actitudes, aptitudes y competencias comunicativas y personales).

lamente a la doctrina legal la contemplación sin matices de esta cuestión <sup>94</sup>, a diferencia de la regla general «prudente» afirmada respecto a la posibilidad de configurar o no como salariales todas las modalidades de SOs.

Finalmente, por lo que respecta al *devengo* opta por el momento de ejercicio de la opción no el de concesión, con lo que se plantea el problema relativo al momento de ingreso en el patrimonio, con efectos tan importantes como los relativos a su inclusión o no, por ejemplo, en la indemnización por despido producidos antes del ejercicio. En este sentido, existe una coincidencia entre la doctrina laboral y la doctrina administrativa tributaria, pues niega la doctrina en general y la DGT la existencia de un valor intrínseco en la opción, que sólo aparece en el momento de su ejercicio, salvo que las opciones fuesen transmisibles, lo que no suele suceder. No carece de críticas, sin embargo, como vimos, esta interpretación <sup>95</sup>.

## V. LA POSICIÓN CRÍTICA: ¿UNA NUEVA «FUGA» DEL CONTRATO DE TRABAJO?

Antes de esta jurisprudencia, elaborada precisamente en unificación de doctrina, doctrinal y judicialmente la posición que parecía iba a triunfar en sede interpretativa era la contraria, esto es, la naturaleza extrasalarial de este derecho retributivo opcional, por considerar que se alejaba de las atribuciones patrimoniales típicamente salariales <sup>96</sup>. El uso –y a veces abuso– de la técnica de los votos particulares ha permitido sacar a la luz, a modo de «doctrina de contraste», los principales argumentos esgrimidos en aquella dirección crítica, pues parte de la Sala Social los ha hecho propios.

<sup>94</sup> Así, concluye, «con independencia de la naturaleza que en otros ámbitos no laborales se atribuye a los rendimientos que se obtengan de las opciones sobre acciones, la solución jurisdiccional que aquí se ha de dar al problema pasa por la necesaria atribución a las cantidades o, en su caso, acciones así obtenidas de salario en metálico». También la doctrina de suplicación considera que no se trata de la «atribución del uso y disfrute de ningún bien, sino de la transmisión de un patrimonio cierto y económicamente determinado con valor dinerario concreto, que inmediatamente puede el trabajador materializar, vendiéndolo en bolsa e ingresándolo en su peculio». Vid. STSJ Madrid 22-2-2001, cit.

<sup>95</sup> Así, se ha dicho que esta opción judicial «se opone a la pureza de los conceptos que hasta ahora han sido manejados... mezclando situaciones y efectos que se producen en distintos momentos y en virtud de distintos actos jurídicos». Tal doctrina confundiría las expectativas que el empleado espera obtener al final del proceso que hemos descrito y el propio contenido económico del derecho, que no serían más que «meras esperanzas de obtención final de beneficios...». Vid. S. COLOMER. *op. cit.* pág. 30. Para este autor, en el marco de la técnica tributaria y con argumentación que no compartimos, considera que la finalidad incentivadora no sería «sino un motivo interno de una de las partes, que no puede elevarse a causa del negocio constitutivo... habida cuenta además que en muchas ocasiones la consecución de unos objetivos concretos no forma parte de la concesión y se retribuyen directamente a través de un bonus».

<sup>96</sup> Las sentencias dictadas por los jueces *a quo* sintetizaban el rechazo de esta calificación salarial «por sus caracteres de expectativa y aleatoriedad, así como por la facultad de renuncia a los mismos por parte del trabajador...». Razones todas ellas que, con posterioridad, han ido siendo contestadas, por lo general, por parte de los TTSSJ que han ido revisando esta doctrina judicial inicial. Vid. *SSTSJ Madrid 22-2-2001 y 2-10-2001*, esta última en esta Revista, n. 226, págs. 252 y sgs. Pero con anterioridad, también algún TSJ, en alguna ocasión, entendió que la naturaleza de las SOs otorgadas a favor de trabajadores españoles por una matriz extranjera constituía una «cuestión de naturaleza mercantil» –ej. Madrid, 10-4-1992, ar. 2133; 22-6-1999–. Por su parte la *STSJ Galicia 24-9-1999*, ar. 3029, se limitaría a descartar la integración de tal partida en la estructura del salario porque, en el caso concreto, estaríamos ante una simple expectati-

Puesto que ya se están emitiendo opiniones que ven en la «oposición discursiva» mayor firmeza que la evidenciada por la mayoría, aunque ésta sea la única doctrina legal, conviene exponer esta posición crítica, cuya réplica intentaremos en el próximo apartado, que nos parece aún peor fundamentada, dicho sea también con el debido respeto, que el voto mayoritario, cuyas deficiencias ya hemos reseñado. En síntesis, para esta posición los ESOPs no expresan más que un conjunto de cláusulas contractuales de incentivación y, en su caso, de permanencia en la empresa, en virtud de las cuales se diluye, en mayor o menor grado según la modalidad, el sinalagma opción/trabajo, ligando el derecho a una relación de revalorización accionarial/performance ajena a la configuración del contrato de trabajo.

Esta tesis favorable a la «extrasalarialidad» de la retribución opcional se articularía sobre los siguientes razonamientos. A saber:

1) Desconexión causal de las SOs con la prestación profesional de servicios: primacía de la finalidad compensatoria del compromiso de permanencia («fidelización»).

Para el voto particular, el Plan Social del Grupo asegurador Aegón se concretaría en la percepción de «beneficios o ventajas económicas que se conceden sólo en concepto de incentivo o compensación recíproca a la permanencia en la empresa, y no en contraprestación del trabajo realizado». Esta desvinculación entre el beneficio controvertido y el trabajo prestado por el beneficiario haría del plan una técnica de estímulo a la permanencia en la empresa, en cierta medida alternativa a la vía contemplada en el artículo 21.2 b) LET –pacto de no competencia post-contractual–, con la consiguiente «compensación al trabajador por el posible sacrificio de otras expectativas profesionales». Así quedaría puesto de relieve atendiendo a los «términos y condiciones» en que tal derecho se ha fijado en el plan de incentivación opcional –ej. irrelevancia del tiempo de trabajo efectivo, indiferencia de las unidades de obra resultantes del esfuerzo productivo, cualidades profesionales, búsqueda de la «implicación» o «involucración» de los empleados con el Grupo Aegón sin ingrediente retributivo alguno....–<sup>97</sup>:

---

va de derecho que, en cuanto no se consolidó, «como tal y por su propia naturaleza, no puede traducirse en un resultado pecuniario». Para el debate, aun mostrándose favorable al carácter salarial, *vid.* A. TAPIA. «¿Son salario las opciones sobre acciones...». *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, núms. 209-210. pág. 191 y sgs.

<sup>97</sup> *Vid.* fj. 1.º del voto particular. Ya vimos cómo es frecuente atribuir a los planes de remuneración variable mediante el otorgamiento de opciones adquisitivas de capital una virtualidad vinculatoria o compromisoria de los empleados o ejecutivos retribuidos a la sociedad incentivadora. El empleo frecuente del desafortunado substantivo «fidelización» –que nos recuerda etapas ya superadas de nuestro sistema de relaciones laborales– expresa con la idea de resaltar la identificación de intereses, la lealtad, el *intuitus personae* que propiciaría la adhesión a la empresa a través del empleo de los sistemas de retribución variable en general (*plus fidelitatis personalis*). La importancia de esta finalidad queda clara incluso para aquellos que aceptan la dimensión salarial *vid.* STSJ Madrid 2-10-2001 y el propio voto mayoritario de STS 24-10-2001. Debe recordarse en todo caso la inexistencia de una relación automática o mecánica entre el factor éxito en la gestión de los administradores, o el factor buenos resultados de la empresa, e incremento de la cotización bursátil, dadas las características específicas que determinan el funcionamiento del mercado bursátil, que cotiza más expectativas, ajenas por completo en ocasiones a la propia empresa, aunque no a su ambiente o contexto relacional, que realidades o resultados de las empresas. *Vid.* M.I. HUERTA VIESCA *et altri*. «Una reflexión sobre el stock options plan de los administradores de las sociedades cotizadas». *La Ley*, n. 5061, 25-5-2000.

Desde esta perspectiva parecería estar más cerca de los denominados «beneficios sociales», como sucede en diferentes modalidades, o de conceptos marcadamente resarcitorios o compensatorios –incluso de «donaciones remuneratorias»–. La evidenciada ausencia de «personalización de los rendimientos» presente en la práctica española, junto a la creciente extensión de estos planes de forma indiscriminada al personal, según una tendencia que comienza a caracterizar a estos sistemas de retribución, ya serían indicaciones que avalarían esta tesis relativa a la desvinculación del desempeño concreto de actividad del beneficiario <sup>98</sup>.

En todo caso, y sin perjuicio de la crítica a realizar en el próximo apartado, hay que evidenciar el notabilísimo alejamiento de estos argumentos de la actual concepción y disciplina del salario, en cuanto que la propia regulación legislativa, al margen de las construcciones doctrinales más solventes y difundidas, pone de relieve cómo la aplicación de la regla de la sinalagmaticidad –como la de la conmutatividad– no es absoluta. Así lo pondría de relieve una lectura mínimamente detenida de las diversas situaciones en las que se mantiene el derecho al salario sin la existencia de un trabajo efectivo, con la consiguiente ruptura del principio de correspondencia entre prestaciones principales de la relación obligatoria. Asimismo, si la práctica evidencia la pérdida de vigor del tiempo de trabajo como parámetro de cuantificación salarial, los regímenes jurídico-positivos realizan una significativa atenuación tanto del sinalagma como de la equivalencia patrimonial entre trabajo y salario <sup>99</sup>.

2) El pago del incentivo no se realiza por el empresario sino por un tercero a la organización empresarial: irrelevancia contractual de la cotización del grupo.

Reforzando la anterior línea argumental, relativa a la desconexión del incentivo de la concreta situación o los específicos resultados de la empresa contratante y retribuyente, el voto particular pone énfasis en que el criterio realmente retributivo es un factor doblemente externo a la relación de trabajo. En efecto, la retribución no sólo se vincula a la cotización futura en Bolsa de la empresa, sino que esta cotización se refiere al grupo de sociedades al que pertenece la empresa y no a la situación de ésta en sí misma considerada, como establecería el artículo 26.3 LET, por lo que es claro que en tales condiciones «la conexión con el trabajo prestado por el trabajador participante se difumina y desvirtúa hasta hacerse irreconocible» <sup>100</sup>.

<sup>98</sup> Para la necesidad de configurarlas como modalidades participativas articulables por vías distintas a las de naturaleza salarial, llamando al legislador a intervenir ex mandato artículo 129.2 CE. Vid. F. PÉREZ DE LOS COBOS. *op. cit.* pág. 65. En esta línea se ubicará el ordenamiento francés. La Ordenanza de 7 de enero de 1959 introdujo en Francia el «intéressément des salariés», si bien ha experimentado notables y frecuentes modificaciones posteriores. El régimen actual procede básicamente de la Ordenanza de 21-10-1986 y se encuentra recogido en los artículos 442 a 444 del Reglamento del Code du Travail.

<sup>99</sup> Esta conmutatividad aparece en STS 13-12-1990, ar. 9783, a tenor de la cual «como regla general, no hay derecho al salario sin prestación de servicios». En esta dirección vid. SsTTSSJ Murcia 19-11-1997, ar. 4285; Cataluña 13-5-1998, ar. 2763; Madrid, 23-2-1999, ar. 781; Castilla-León 27-5-2000, ar. 912.

<sup>100</sup> En suma, en tal situación «entran en juego entonces los resultados de muchas empresas (todas las del grupo) y no de una sola, y también otros muchos factores imprevisibles y aleatorios, de carácter económico, político y social. El peso de todos estos factores extraños al trabajo y a los resultados de una empresa concreta es tanto mayor cuanto que entre estos

Por supuesto no es pretensión en este trabajo, y salvo alguna consideración a realizar más abajo, llevar a cabo una argumentación detenida para desacreditar esta interpretación, que trata a la empresa matriz como si fuese un «tercero» más, cuando participa en diversos modos, directos e indirectos, pero todos efectivos o incisivos, en la definición de la política de dirección del personal globalmente considerado. Pero sí es oportuno poner de relieve la incorrección de la misma en el actual estadio evolutivo tanto del ordenamiento jurídico-laboral español como, y es lo que importa, de la jurisprudencia que lo interpreta, que conoce situaciones en las que la dirección económico-financiera unitaria es directamente relevante en el ámbito de las relaciones laborales (el grupo actúa como mercado interno).

3) No concurre ninguno de los rasgos típicos determinantes del concepto legal de salario: aleatoriedad frente a conmutatividad; disponibilidad frente a irrenunciabilidad.

El próximo apartado se contestará más detenidamente esta posición interpretativa, igualmente carente, a nuestro juicio, del más mínimo asidero jurídico, tanto en el texto legal como en la propia evolución jurisprudencial. De nuevo se opta por un concepto ahistórico y rígidamente dogmático de salario, sin esgrimir suficientes razones que contradigan esta inversión de tendencias y construcciones asumidas crecientemente por la doctrina y la propia jurisprudencia, así como por el mismo legislador <sup>101</sup>.

4) Creación de una norma implícita general excluyente: el carácter no taxativo de la lista de exclusiones.

El voto particular opera de forma contraria a la opinión mayoritaria, de modo que extrae, de una premisa correcta, el carácter abierto de las reglas particulares de exclusión del carácter salarial de una percepción, una conclusión incorrecta: existe una continuidad de razones entre estas exclusiones particulares y la configuración de los incentivos opcionales. Por lo tanto, la laguna legislativa existente al respecto debería resolverse en sentido favorable a la exclusión. A nuestro juicio esta opción supone una inversión metodológica: la regla general es justamente la incluyente, dada la vigencia de la presunción ex artículo 26.1 LET.

---

últimos y el indicador de cotización bursátil determinante del beneficio se establece una distancia temporal mínima de tres años». f.j. primero *in fine*. Esta comprensión no sólo se aleja de la realidad estructural y funcional de los ESOPs sino que ignora por completo la conjunción de función cambiaria y función organizativa no ya del salario, sino del contrato de trabajo mismo, lo que es algo alejado del propio dato normativo.

<sup>101</sup> Vid. J.L. MONEREO PÉREZ. *El salario y su estructura... op. cit. passim.*; J. MERCADER. *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial*. Pamplona. 1996. 1. El carácter atípico ha llevado a ciertas legislaciones a recoger, sin embargo, su carácter extrasalarial, como el legislador británico, en línea con lo que hace con los planes de pensiones u otros incentivos reconocidos en virtud de planes de compensación a largo plazo (*long term incentive schemes*). Vid. U.K. *Finance Act de 1996*. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que su ámbito es el de los directivos y administradores no propiamente el de los empleados.

## VI. RÉPLICAS Y APOSTILLAS: LA PRESUNCIÓN DE SALARIO AFECTA A TODAS LAS VARIANTES DE SOs RETRIBUTIVAS

Aunque coincidimos en la tesis principal sostenida por la jurisprudencia, el carácter salarial de las SOs del Grupo Aegón, hemos imputado en el «debe» de la misma tanto su falta de credibilidad interpretativa como el exceso de autolimitación a la hora de aplicar la normativa hoy vigente, pues descarta, sin un adecuado razonamiento, la aplicación de la presunción de salarialidad recogida en el artículo 26.1 LET. Una crítica por defecto (debilidad del discurso argumental y autolimitación de la respuesta) y por exceso (calificación como salario en metálico) que hace necesaria tanto una *labor de apostilla argumental* de la tesis principal, que dé mayor credibilidad y certeza a la respuesta, cuanto de matización o *corrección conceptual* de otras soluciones (diferenciación entre modalidades). Al mismo tiempo, este control de consistencia servirá para dar la *réplica* a la posición crítica a la que cabe imputar, en síntesis, una visión contractualista anacrónica, una imagen extremadamente reduccionista del tipo normativo y una interpretación ahistórica de la ordenación legal de salario.

Esta doble labor de apostilla y réplica puede articularse, para una mayor claridad expositiva, en las siguientes razones. A saber:

### **1.º La polivalencia funcional se reconduce a la complejidad causal del salario: las opciones son retribuciones especiales en razón de su concausa específica.**

Como toda institución jurídico-laboral, el sistema retributivo aspira a alcanzar un equilibrio entre la «función cambiaria», estrictamente ligada a la recíproca satisfacción de los intereses en presencia, puesto en juego por la relación obligatoria, y la «función gestión», que hace referencia a los objetivos que se va a perseguir mediante el salario desde una perspectiva de dirección de la organización empresarial. Función cambiaria y función organizativa son inexcusables para trazar la denominada «red retributiva» o sistema retributivo, por lo que la estructura salarial no puede dejar de ser un mero reflejo de la interdependencia entre éste y la organización del trabajo y la empresa<sup>102</sup>. Esta observación, hoy amplísimamente asumida por la doctrina científica, aceptada mayoritariamente por la jurisprudencia y plenamente recibida por el legislador, es obviada por la jurisprudencia, que la presupone pero no la explicita en lo más mínimo, a diferencia de otros precedentes, e ignorada por completo por el voto particular.

<sup>102</sup> No deja de ser llamativo que ni los partidarios de su calificación como salario, los menos, ni sus críticos, los más, realicen ni la más mínima reflexión sobre la estrechísima vinculación que, hoy como ayer (ej. salario a rendimiento a través de la modalidad de destajo, o salario a primas...), existe entre los sistemas de organización del trabajo y los modelos retributivos. El salario es un instrumento determinante del modelo de gobierno y gestión del personal en la empresa, no sólo del «personal clave», por cuanto estratégica se configura la posición de todos los «recursos humanos» de la empresa, especialmente en lo que se llama, ambigüamente, como «nueva economía» (no por casualidad todas las empresas que forman el selectivo IBEx-35 cuentan con estos programas de incentivos opcionales).

Así, es claro, con la simple lectura del precepto, que la complejidad causal legalmente permitida, incluso, fomentada, aunque no impuesta, por el artículo 26.3 LET no puede más que reflejar la propia polifuncionalidad del salario en el marco de las contemporáneas políticas de gestión de personal. Éstas, más que diluir o difuminar el tradicional nexo funcional entre salario y prestación de servicios, lo que suponen realmente es el enriquecimiento o ampliación del número de factores o variables a considerar a la hora de fijar una relación efectivamente funcional entre ambas prestaciones, medida en términos de participación del sistema de retribución del trabajador en la suerte de la empresa, sea adversa (ej. cláusulas de descuelgue), sea positiva (salarios-incentivo) <sup>103</sup>.

No cabe dudar por tanto, que estamos ante *un tipo de retribución salarial especial en función de la concausa determinante de su existencia y de su cuantía*. Esta «regla de la concausalidad» está recibida legalmente, con la consiguiente voluntad de dejar transparentar en el desenvolvimiento de la relación obligatoria factores de tipo económico-organizativo y socio-personal. Desde esta perspectiva, puede explicarse perfectamente que se produzca por ello una aproximación, pero sin llegar a confundirse en las modalidades de SOs propiamente retributivas, a otras técnicas jurídicas compensatorias de la asunción de responsabilidades o situaciones de riesgo particulares. Lo que sucede con creciente frecuencia a tenor de la variada gama que nuestro ordenamiento conoce de este tipo de remuneraciones salariales, características por su lógica social –ej. «salarios de inactividad»; salarios anuales garantizados; complementos por cargas familiares...–, o incluso por su carácter marcadamente jurídico-mercantil –ej. participación en beneficios– <sup>104</sup>.

El diferente reparto de riesgos económicos que organiza este nuevo componente de la estructura salarial respecto del organizado por las estructuras salariales más conocidas y «normalizadas», aun presentando anomalías estructurales, no es ajeno a la causa o razón de ser del contrato de trabajo como instrumento técnico-jurídico que ordena una original y específica distribución de costes y beneficios, de factores de riesgo y de factores de garantía para las partes contratantes. No existe, pues, en el concepto y configuración jurídica de las SOs como salario ninguna anomalía funcional de la causa del contrato de trabajo ni, menos aún, de la atribución patrimonial proyectada por las partes a través de la compleja estructura negocial a través de la cual se articula la política empresarial de incentivos opcionales.

## **2.º Legalmente son salariales las remuneraciones mediatamente conectadas con el trabajo: los incentivos opcionales como forma de remuneración indirecta.**

Como ha recogido muy parcamente la doctrina legal, y pese a la crítica realizada por el voto particular, se acepta hoy con naturalidad por el legislador –y por la doctrina– que la naturaleza salarial de una determinada atribución patrimonial puede encontrar sea una causa próxima sea una causa

<sup>103</sup> Según constata la doctrina judicial elaborada en suplicación, los «complementos salariales son un producto de la complejidad de la relación económica en la sociedad moderna y reflejan las diversas circunstancias concurrentes...». Vid. STSJ Cataluña, 3-9-1998, ar. 2939.

<sup>104</sup> Para el significado y alcance, con carácter general, de estas normas sobre esta tipología especial de retribuciones, ligadas más a una remuneración «con ocasión» del trabajo que a su causa propiamente dicha, vid. M. ALONSO OLEA. «La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo». RT. n. 32. 1970.

remota en el trabajo, esto es, en la prestación profesional de servicios por cuenta ajena y subordinada. En este sentido, es un dato suficientemente aceptado que, para la configuración jurídica del salario, el concepto civilista clásico de conmutatividad o reciprocidad exige importantes revisiones o matizaciones, como prueba el mismo dato legislativo que recoge no sólo la «causalidad inmediata» –por razón de– sino también la causalidad mediata –«en virtud de»–, sin que esta conexión pueda reducirse a una simple relación accidental, ocasional o meramente accesorio, como entiende algún sector doctrinal <sup>105</sup>.

La regla de indiferencia de la forma asumida por la retribución legalmente asumida parece no dejar lugar a muchas dudas al respecto. Por tanto, que como retribución complementaria constituya una forma de prestación indirecta o mediata vinculada al desarrollo de la prestación no excluye su carácter salarial. La permanente tensión del empleador para transformar el tiempo de trabajo en tiempo útil y productivo encuentra hoy crecientes vías de recepción en el ordenamiento jurídico, con el consiguiente enriquecimiento cualitativo de los términos de la conmutatividad. La conmutatividad en sentido jurídico-laboral exige buscar la conexión tanto en factores subjetivos cuanto en elementos objetivos, incluso extraindividuales, pues el sinalagma retribución/trabajo se relaciona con el complejo «debitum» del trabajador en una estructura organizativa igualmente compleja <sup>106</sup>.

Ni la sentencia, ni su voto particular, dedican argumentación alguna al significado de la noción «prestación profesional de servicios», si bien se proyecta en ambos casos no ya hacia la estricta obligación de trabajo sino hacia el más amplio «marco del contrato de trabajo». Por tanto, debe considerarse salario todo lo que se percibe «a causa de su implicación» en la relación laboral global, por lo que habrá de valorar no sólo sus actos prestacionales sino todo lo que rodea el desenvolvimiento de la prestación, incluso el factor de inserción del trabajador en una organización productiva de la empresa que asume la forma de sociedad por acciones y que, además, cotiza en Bolsa, ámbito organizativo más típico, aunque no único de los programas de ISOs.

Una de las principales tendencias evolutivas de la actual configuración jurídica del salario es, precisamente, recuperar la conexión de la retribución con la percepción de utilidades económico-patrimoniales por parte del empresario. Desde un plano estructural, la determinación del salario expresará, a través de su formalización convencional o contractual, importantes elementos de orden organizativo en los que se reflejará aquella expectativa de utilidad del contrato para el empleador <sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Vid. A. MATORRAS. «Las percepciones extrasalariales... op. cit. pág. 76, y siguiendo su planteamiento F. PÉREZ. «Implicaciones... op. cit. pág. 65. Para esta visión tradicional STSJ Navarra 28-1-2000. Más acorde con el dato legal y la interpretación jurisprudencial nos parece la posición favorable de J.L. MONEREO. *El salario y su estructura... op. cit. pág. 13.*

<sup>106</sup> En resumen, «no se trata meramente de un cambio en los criterios de cálculo de una partida salarial variable, sino que revelan una de las vertientes de la polifuncionalidad del salario: su carácter instrumental respecto de las exigencias organizativas de la empresa». Vid. J.A. FERNÁNDEZ. *op. cit. pág. 465.*

<sup>107</sup> En este sentido cuando se premia una participación y permanencia prolongada en el tiempo, y aunque no es definitiva, sí recoge la existencia de una concreta utilidad del empresario percibida en términos de permanencia del trabajador, como advierte bien la doctrina legal.

Nos encontraríamos, pues, ante una sutil expresión de ese proceso, que se remonta a los mismos orígenes del derecho del trabajo, relativa a la atracción hacia la zona de la empresa del ámbito de prestación contractual. La evidenciada dimensión económica del salario, en cuanto enfatiza su imagen de coste productivo o precio del factor trabajo, expresa un elemento primordial de organización y gestión de personal, actuando tanto en un plano objetivo como de representación subjetiva, en cuanto percepción del valor del trabajo en la empresa (salario-estímulo). A cambio hay mayor exposición de la *ratio* contractual a las mutaciones del «modo de producción»: de actividad industrial (rendimiento productivo) a actividad de cambio financiero (rendimiento financiero) <sup>108</sup>.

Por tanto, sea desde un análisis detenido de la estructura y función de los incentivos opcionales como sistemas retributivos del personal, sea desde la complejidad estructural del contrato de trabajo, se diluye la crítica relativa a la desconexión entre el rendimiento personal de cada beneficiario y la cotización bursátil. El ESOP es siempre, en su concepción, un instrumento de mejora de la gestión y el resultado de la empresa, en la convicción de que el incremento de valor inducido genera una mayor probabilidad de obtención de dividendos, a corto (repartos inmediatos del incremento) o largo plazo (acumulación de reservas).

En definitiva, la opción que expresa el voto particular, por tanto la línea crítica, representa una clara involución o regresión en la construcción «dogmática» y, lo que es peor, legislativa, del concepto de salario, pretendiendo mantener los conceptos salariales dentro de un ámbito de certeza que, sencillamente, o bien ya ha perdido o, quizás, nunca tuvo. Cuando la entera sociedad de la información –y del riesgo– se dirige al primado de los elementos de organización indirecta (externalización o exteriorización), inmaterial, virtual incluso, predominando los elementos dinámicos o variables sobre los fijos o estáticos, lo aleatorio o incierto sobre lo cierto, pretende aferrarse nostálgicamente la retribución social a unas realidades de seguridad y determinación que no existen ni legal ni prácticamente.

### **3.º Existe identidad de sujetos entre el contrato de opción y el de trabajo: no hay «pago por tercero» cuando la referencia es la cotización del grupo.**

Precisamente, una adecuada comprensión de esta configuración de los incentivos opcionales como forma de remuneración salarial indirecta nos permite rechazar ciertas críticas, igualmente recurrentes, contra la configuración salarial de los ESOPs y que en buena medida conectan con otro proceso especialmente advertible e incisivo en el modelo de regulación de las relaciones laborales. Nos referimos claro está, tanto a la «exteriorización» del factor trabajo desde el interior de la empresa hacia el mercado (disolución del poder de dirección en una red de transacciones contractuales), cuanto a la proliferación, que trae causa de aquel proceso, de las formas indirectas de gestión de las relaciones de trabajo (multiplicación de las relaciones triangulares de trabajo).

<sup>108</sup> Precisamente, entre las particularidades de estas nuevas formas retributivas que trasladan a la obligación salarial cierta parte de los riesgos de la organización destaca, sin duda, el incremento de la influencia de criterios extraindividuales para determinar el contenido de aquella obligación. Así, junto a la influencia de la actividad desplegada por otros trabajadores de la misma empresa, de especial relevancia sería la conexión más o menos mediata con el resultado final de la organización, incluida la valoración en el mercado de valores.

Precisamente, expresando una nueva fuga de «lo salarial», se descartaría tal calificación cuando la atribución patrimonial proceda bien de la «mano invisible del mercado bursátil» bien de la mano, no menos invisible, del empresario indirecto, responsable de la política de retribución participativa en un grupo. Por lo que respecta a la primera cuestión, se argumenta que la empresa no abona *directamente* al trabajador las ganancias de la opción, sino que es el propio mercado bursátil, al depender el valor de la plusvalía de la cotización, realizándose el beneficio por la venta de las acciones (negocio jurídico mercantil).

El empresario se limitaría, pues, a un pago indirecto: transferencia al trabajador de la titularidad de las acciones como condición previa para el ejercicio de la opción. Sin embargo, esta misma constatación parece dejar bien a las claras que los ingresos que el trabajador percibe por la venta de las acciones, que no siempre se produce, como por ejemplo cuando liquida revalorizaciones –programas SARs–, proceden de la empresa concedente, pues ello implica la asunción de importantes costes de oportunidad, aquellos derivados de la renuncia de la empresa a su valor actual y a las expectativas de incremento del mismo en beneficio del trabajador (o el derivado de no haber puesto en el libre mercado las acciones emitidas bajo la ampliación de capital), siendo en realidad los titulares de la empresa los que pagan el incentivo, *si bien de forma indirecta*: el empresario directo asume los costes de oportunidad <sup>109</sup>.

Por lo que respecta al segundo factor de «exteriorización» del pago, la participación en la mejora de la situación del grupo al que pertenece la empresa contratante, conviene recordar que es una práctica frecuente, por no decir habitual. La legislación societaria y la legislación fiscal, junto a la doctrina administrativo-tributaria y a la documentación público-informativa a efectos del mercado de valores, confirman la relevancia jurídico-retributiva de la empresa en grupo, bastando a efectos jurídico-salariales que exista una norma contractual que ligue la retribución a la unidad de dirección económico-financiera <sup>110</sup>.

#### **4.º La garantía de efectividad de la norma laboral: la presunción legal de salario es aplicable a todas y cada una de las modalidades de SOs retributivas.**

A la altura argumental del trabajo en que nos encontramos estamos ya en condiciones de poner de relieve una relevante inconsistencia de la doctrina legal, que incurre en un juicio apriorístico muy frecuente entre los que se han acercado a este tema. En efecto, la práctica totalidad de los autores han cuidado de preservar la integridad de una regla de prudencia, propia del «derecho del caso concreto», que no por recurrente y difundida es necesariamente cierta, al menos en los términos despreocupados en los que se formula: la solución alcanzada en el caso no puede ir más allá del supuesto conocido y resuelto, especialmente en un tema en el que la diversidad estructural y funcional de las diferentes modalidades de SOPs impediría una respuesta unívoca <sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Vid. STSJ Madrid. 2-10-2001.

<sup>110</sup> Vid. STSJ Madrid 22-2-2001, fj. 4.º. In extenso C. MOLINA. *Regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*. Comares. Granada. 2000.

<sup>111</sup> Vid. STS 24-10-2001, fj. 3.º.

Ciertamente, en la práctica los distintos planes que las empresas ofrecen a sus empleados tienen características muy distintas, lo que imposibilitaría desde el punto de vista jurídico laboral un tratamiento único. Ahora bien, a nuestro juicio, esta opción, que sigue en exceso el perfil jurídico-contractual de estos sistemas, debe hacerse compatible, al mismo tiempo, con la vigencia legislativa de la clásica dimensión omnicompresiva del salario-contraprestación y de la presunción *iuris tantum* de «salarialidad» de la partida percibida por el trabajador durante la relación. Si aquella opción singularizadora y condicionada a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso ha sido claramente afirmada por la jurisprudencia analizada, la presunción *ex lege* ha sido completamente relegada, sin realizar un mínimo recorrido argumental <sup>112</sup>.

En este sentido, y si bien es cierto que aquella práctica empresarial conoce múltiples modalidades de incentivos opcionales, no menos cierto es que, al margen de la posibilidad de articulación sobre estructuras contractuales diferentes, todas y cada una de las modalidades de SOs, las típicas y las atípicas, que tienen una finalidad retributiva son susceptibles de reconducirse al artículo 26.1 LET. Por tanto, será la empresa retribuyente que niegue este carácter la que tendrá que acreditar, en atención a los «términos y condiciones» propias de cada plan, cuestión eminentemente dejada como vimos a la decisión unilateral de la empresa pero que requiere un proceso específico de aprobación societaria y difusión pública, que no se trata de una modalidad retributiva, sino de una modalidad de ahorro-inversión, o de un «beneficio social» pura y simplemente. El riesgo de un diseño potencial y realmente ineficiente de los planes retributivos, como puede ser aquel que no contemple criterios de personalización del rendimiento, sólo al empresario incumbe.

Aunque no pretendemos -ni podemos- realizar esta útil labor diferenciadora, sí entendemos necesario dejar reseña de las principales modalidades que asumen una finalidad retributiva, no obstante sus singularidades estructurales, diferenciándolas de aquellas que, aun presentándose funcionalmente afines o análogas a las SOs, adoptan una estructura contractual diversa, incluyéndose todas ellas potencialmente, como decimos, en el artículo 26.1 LET. Algunas de estas modalidades de remuneración dependiente de los incrementos del valor de la empresa incluso se presentan como una alternativa a tales incentivos, tratándose de retribuciones salariales no opcionales (ej. *performances shares* o acciones por objetivos; *phantom stock options* o acciones de capital hipotético –activos fantasma–). Otros programas presentan, sin embargo, una funcionalidad mixta de modo que priman la consecución de otros objetivos económico-financieros y sociales, diluyendo su función remuneradora por lo que se apartarían de la política retributiva propiamente para situarse en el ámbito de los «*fringe benefits*».

A los efectos de la política retributiva del personal no directivo (ESOPs), especial importancia reviste la dicotomía entre *Opciones de Compra* (SOs) y *Opciones liquidatorias* u opciones de revalorización de acciones (*bonus* de revalorización diferencial o *Stock Appreciation Rights* –SARs–), aceptadas ambas, aunque sin detenerse argumentalmente en esta distinción, como relevantes a efec-

<sup>112</sup> La amplitud de consecuencias jurídicas de esta intensa presunción favorable a la naturaleza salarial aparece en sentencias como SsTS, Sala 4.ª, 9-2-1987, ar. 800; 25-10-1988, ar. 8152; STS, Sala 3.ª, 7-6-1989; SsTTSSJ Andalucía 11-2-1998, ar. 1319; Madrid, 21-12-1999, ar. 733. Por tanto, es imputable al Comité de Vigilancia corporativo el «establecimiento de cláusulas ineficientes de retribución a sus miembros, o a directivos o trabajadores, y asimismo el posible déficit informativo del accionariado sobre las dimensiones del plan y sobre la posible actuación de consejeros ineficientes».

tos salariales por la doctrina legal que analizamos. Si ambas modalidades expresan una forma retributiva otorgada en concepto de contraprestación de servicios nacidas de contratos especiales de opción, en virtud de la segunda la empresa no entrega acciones al vencer el plan o ejercitarse el derecho concedido, como sucede con la primera modalidad (SOPs), sino que otorga al beneficiario la potestad de liquidar a su voluntad las diferencias de cotización que a vencimiento resulten favorables para su patrimonio. Los programas SARs pretenden evitar la entrega real de acciones para ahorrarse los costes derivados de la creación de autocartera y los de transacción que ello supone <sup>113</sup>.

En cambio, los denominados *Employee Stock Purchase Plans* garantizan a los trabajadores el derecho de comprar acciones de la sociedad a un precio fijo utilizando cada vencimiento una cuota parte, en general no superior a un porcentaje prefijado de su retribución mensual. En este caso se suele establecer una obligación de mantenimiento de las acciones en el patrimonio de los trabajadores. Estamos realmente en este caso ante una forma de colocación alternativa de su ahorro, al tiempo que se buscan aquellos objetivos de rentabilidad para la empresa y fidelización del personal localizados en las diferentes modalidades de SOs retributivas <sup>114</sup>.

En definitiva, la regla legal es la de considerar salario a la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales «*cualquiera que sea la forma de remuneración*». Por tanto, siguiendo la doctrina antiformalista (principio de efectividad de la norma o criterio realista) el iuslaboralista no debe dejarse llevar por la diversidad de estructuras jurídico-societarias y contractuales.

### **5.º El plus de riesgo o *alea* convencional introducido por la concesión opcional responde al carácter dispositivo de la ordenación de la estructura salarial.**

Esta presunción no se ve tampoco perjudicada, como vimos, por la reasignación de riesgos que en cierta medida realizan las políticas de retribución opcional <sup>115</sup>. Ahora bien, en la medida en que esta situación suele llevar aparejados al mismo tiempo fenómenos de individualización y neo-

<sup>113</sup> Se ha dicho que las limitaciones de las SARs son de entidad menor respecto de sus mayores ventajas, tanto para optantes como para optatarios, y de ahí la «proliferación de su uso como mecanismos favoritos de remuneración por las sociedades cotizadas, así como su excelente acogida por los perceptores, especialmente los trabajadores situados en los últimos lugares del escalafón retributivo, personas generalmente ajenas a la marcha del mercado de valores que, cobrando SARs, eluden los problemas asociados al ejercicio...». Vid. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* pág. 82. Precisamente, el debate político abierto y la intervención legislativa subsiguiente en nuestro país ha venido suscitado por un polémico Plan de SARs. El Plan fue diseñado por el Consejo de Administración de la Compañía TELEFÓNICA, S.A.

<sup>114</sup> Así, debemos advertir de la extraordinaria confusión terminológica apreciable en los autores de los más diversos países, quizás porque su origen angloamericano dificulta tal operación en los ordenamientos continentales, por lo que los jueces en general, y los del orden social en particular, deben escapar a este riesgo nominalista. Para un intento, a nuestro juicio no demasiado conseguido, de delimitación conceptual vid. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* págs. 74 y sgs.; Y. FRANCIOSI. «Partecipazione azionaria dei dipendenti: Le ragioni di una regolamentazione». *DRI*. n. 1. 2000. págs. 19 y sgs.

<sup>115</sup> Así, desde antiguo, se admite la compatibilidad del carácter laboral del contrato y la salarialidad de la forma remuneratoria que implica la asunción por el trabajador de un cierto grado de riesgo, en la medida en que siempre existe un salario mínimo garantizado. Vid. retribución por comisiones, STSJ Asturias 14-3-1997, ar. 515. Vid. J. SERRANO CARVAJAL. «La participación en los beneficios en el Derecho positivo español». En Aa.Vv. *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa*. Madrid. 1967. págs. 254-255.

contractualización, como sucede en este caso, tienden igualmente a reaparecer las normas protectoras ante el riesgo de que se creen situaciones ficticias de disponibilidad contractual. Una idea que encontraría especial interés si se atiende a la radical diferencia de poder de negociación en esta materia entre uno y otro contratantes, como deja claramente expresado que estemos ante un contrato de adhesión (formalización de un acto de adhesión al contenido contractual predispuesto unilateralmente por el empleador).

A este respecto, los programas de ESOPs reclaman la presencia de la lógica económica o dimensión organizativa del salario, por lo que, a diferencia de la lógica social presente en otros componentes, y sin perjuicio de su entendimiento dialéctico y ponderado, traería en causa los elementos y reglas más relacionados con la regulación económico-mercantil de la prestación laboral. Si la lógica social responde al principio de suficiencia, y éste reclama un fuerte componente de heteronormación, legal y convencional, la lógica económica responde al principio de eficiencia, que reclama un componente de autorregulación (art. 26.3 LET).

Para esta dimensión del salario la idea de justicia aparece como «justicia conmutativa», si bien en los términos cualitativamente enriquecidos vistos anteriormente: a cada uno según sus capacidades y méritos en la empresa. En esta dirección flexibilizadora, que reduce de forma progresiva la tradicional calificación de orden público o derecho necesario relativo atribuida a esta regulación salarial, junto al legislador reformista del '94, también la jurisprudencia está desplegando un importante papel, lo que evidencia una clara «remercantilización» de los institutos salariales en detrimento del derecho estatutario, sin que en todos los casos se incurra en una «individualización patológica»<sup>116</sup>.

#### **6.º Los incentivos opcionales son reconducibles a los complementos salariales participativos de la «situación financiero-patrimonial» de la empresa (en grupo).**

La pretendida desconexión entre el incremento de la cotización de las acciones durante el plan y la generación de valor real o crecimiento patrimonial de la acción es otra de las razones que suelen esgrimirse por la posición crítica. Estos autores enfatizan un dato cierto: ambos incrementos no discurren necesariamente paralelos<sup>117</sup>.

Ciertamente, desde una interpretación del precepto conforme a los parámetros de la teoría económica clásica, basada en el análisis fundamental o patrimonial de la empresa, como vía cierta de conocimiento de su estado y crecimiento, habría que analizar sus resultados desde la «situación patri-

<sup>116</sup> Ej. la jurisprudencia recaída en materia de retribución por vacaciones, *vid.* SsTS 20-1-1992, 21-1-1992, ar. 59; 30-9-1992: esgrime la evolución histórica de la disciplina para corregir una interpretación rígida y restrictiva del precepto. También de interés la polémica STSJ Aragón 23-1-1999, ar. 223, que admite la exclusión de un incentivo de producción de la remuneración a percibir durante aquéllos.

<sup>117</sup> En efecto, estamos habituados a ver cómo un alza de la cotización puede sobrevenir por causas absolutamente ajenas a la gestión –ej. contexto político y financiero; cambios políticos; decisiones gubernamentales...-. Del mismo modo, el incremento del valor real puede no tener reflejo significativo alguno en el mercado de valores igualmente por razones muy diversas –ej. desconfianza en el incremento de cotizaciones futuras por razones coyunturales, sectoriales, estratégicas...-.

monial de fondo», sustento racional de la decisión de los inversores en títulos de la sociedad afectada. Ahora bien, en un horizonte temporal adecuado, que se sitúa siempre a medio plazo, más largo según las empresas (ej. «nueva economía» o economía de empresas basadas en el uso intensivo de tecnologías informáticas y telemáticas), han de converger los niveles de cotización y los valores reales o patrimoniales de los títulos. Por eso, aunque pueden diferir notablemente, a causa del juego de las expectativas, de los motivos psicológicos, elementos políticos, los fallos del mercado y de las circunstancias sobrevenidas, entre otros factores, esta situación de distorsión bursátil relativa e inherente del valor real de las empresas, no parece suficiente para descartar la incidencia de la actividad del personal en ese valor, con la consiguiente incorporación como elemento de su retribución por causa o consecuencia del trabajo (función causal), y no meramente «con ocasión» del trabajo (función contingente) <sup>118</sup>.

En efecto, si es posible someter la deuda salarial a la concreta situación de la empresa cuando ésta es negativa, tutelando el más amplio interés empresarial en el seno mismo de la relación obligatoria de trabajo –juridificación del interés empresarial a mantener sus expectativas de resultados y beneficios–, no debería ocasionar ninguna perplejidad que en el diseño jurídico de las vicisitudes contractuales de la relación de trabajo se atienda igualmente a la situación de mercado (bursátil) de la empresa cuando ésta sea positiva. La situación bursátil de la empresa no es ajena en modo alguno al devenir de las relaciones de trabajo.

### **7.º Las SOs retributivas constituyen siempre salario, salvo prueba en contrario, pero no todas sus modalidades se configuran como salario en metálico.**

Como pusimos de relieve en su momento, aunque es ésta quizás una cuestión más difícil de resolver que la propiamente calificatoria como salarial o no de las SOs, cualquiera que sea su modalidad, el TS la ha despachado de un plumazo afirmando, aquí sin regla de prudencia alguna, su carácter de salario en metálico. No nos cabe duda que este juicio responde más que a un análisis técnico a la influencia de una inercia histórica: la tradicional regla de favor de nuestro ordenamiento por la retribución en metálico, con el consiguiente recelo respecto de las diferentes modalidades de salario en especie, por su mayor facilidad para propiciar situaciones abusivas o fraudulentas <sup>119</sup>.

No obstante su progresiva marginalidad o residualidad en las actuales políticas retributivas de los sectores productivos más modernos, al menos en un plano cuantitativo, ha evidenciado una gran capacidad de continuidad e incluso proliferación en determinados sectores, como el de las relaciones laborales de alta dirección, precisamente aquella categoría de trabajadores más afectados por los

<sup>118</sup> El mercado bursátil, como pretendido paradigma de eficiencia y transparencia en la economía monetarista de nuestros días, propondría correcciones automáticas en sentido de búsqueda de equilibrio. Por eso, se ha dicho que siempre existen beneficios finales para la sociedad, al margen del juicio de correlación. *Vid.* J. IBÁÑEZ. *op. cit.*

<sup>119</sup> Lo que está precisamente en la base del régimen de prohibiciones y cautelas que, cada vez más diluidas, siguen vigentes en los ordenamientos nacionales, y sobre todo en las normas internacionales (ej. Convenio n. 95 OIT, ratificado por España en 12-6-1958). *Vid.* V. SAMPEDRO GUILLAMÓN. «Los supuestos del salario en especie». Aa.Vv. *Estudios sobre el salario*. Madrid. 1993.

ISOPs. Por eso se caracteriza por un marco regulador dejado fundamentalmente a la negociación individual de los denominados «*fringe benefits*», que comparten con los derechos opcionales tanto su finalidad incentivadora, selectiva y fidelizadora cuanto su técnica individualizadora de la retribución <sup>120</sup>.

Por sus características estructurales –no funcionales– este derecho opcional parecería encontrarse alejado de la función atribuida a aquella modalidad retributiva: la garantía de inmunidad respecto de las variaciones. Si el salario en especie ha sido configurado como una forma de remuneración a valor real fijo, en tanto que reduciría significativamente «el alea de la variación del valor real de la compensación del trabajo», los incentivos opcionales se caracterizarían justamente por todo lo contrario, dada la volatilidad del criterio que le sirve de referencia, la cotización bursátil de la sociedad <sup>121</sup>.

Aunque no podemos adentrarnos en profundidad sobre esta interesantísima cuestión, no privada de efectos jurídico-prácticos al existir reglas especiales para el salario en especie –que quizás podrían corregirse en sede interpretativa, a través de una reducción teleológica, al margen de la calificación dada–, sí creemos necesario dejar constancia de dos observaciones. La primera se refiere a la necesidad de mantener ajena la solución concreta que se alcance en el ámbito laboral respecto de la solución adoptada en el ordenamiento tributario, pues de la misma manera que no existe un concepto único de salario a efectos jurídicos tampoco existe un concepto unitario de «salario en especie» <sup>122</sup>.

<sup>120</sup> En este marco tienen ciertas singularidades significativas, como la previsión del artículo 4.2 c) RD 1328/1985 (previsión por escrito) y el artículo 11 (exclusión del cómputo de la indemnización salvo pacto en contrario). La STSJ Madrid 31-3-1992 realiza una interpretación restrictiva. Para la asignación de vivienda al director de la sucursal bancaria como complemento de puesto de trabajo *vid.* SsTS 27-7-1993, ar. 5986; 20-12-1994, ar. 677. Estos beneficios adicionales, que constituyen un plus retributivo, tienden a remunerar no sólo económicamente al trabajador, sino que también persigue una finalidad de *status symbol*: técnica retributiva meritocrática y de superación del igualitarismo propio del régimen salarial predispuesto para los trabajadores «ordinarios» o con relación «común», en favor de las técnicas de individualización salarial propias de las actuales políticas de gestión de personal. Alcance y significados que carecerían en gran medida de sentido si se generalizasen.

<sup>121</sup> No obstante, esta afirmación quizás debería matizarse si se acepta la posición de aquel sector doctrinal que ve en el derecho de opción en sí mismo un valor patrimonial intrínseco o beneficio subyacente, al margen de la expectativa de lucro o de oportunidad de ganancia que se genera después del vencimiento y ejercicio. Así, se afirma que «*ex ante, al concederse las opciones, ya existe retribución: el derecho opcional, de valor fijo*, calculable instantáneamente por un método financiero adecuado». J. IBÁÑEZ. *op. cit.* pág. 119. Este valor sería «independiente del definitivo beneficio al tiempo de ejercicio o reventa», que sería el «único relevante patrimonial y fiscalmente», y, a tenor de la jurisprudencia analizada, también «laboralmente», pues sólo a partir del ejercicio el derecho entraría en el patrimonio del trabajador. *Vid.* STS 24-10-2001.

<sup>122</sup> Así, aunque como veremos, la solución que proponemos no es disímil de la alcanzada por la doctrina tributarista, ello se debe a reflexiones atinentes a la naturaleza jurídica del derecho analizado y al parámetro que sirve de referencia, por lo que ha de seguirse profundizando la línea que se aparta de la legislación tributaria para integrar lagunas del ordenamiento laboral –y de la Seguridad Social–. La STS 24.10.2001 es rotunda al respecto, evidenciando el marco de autonomía interpretativa que aquí referimos. En este mismo sentido, si bien para el concepto de renta a efectos de los subsidios por desempleo, la STS 31-4-1999, que acude al Código Civil y no a la legislación tributaria, como hasta el momento había sucedido en la doctrina de duplicación. También SsTSSJ Cataluña 19-11-1997, ar. 3936; Madrid 18-11-1996, 4-7-1997. Aunque existe otra dirección más proclive a recurrir al auxilio de la legislación tributaria para integrar los conceptos que evidencian capacidad económica. *Vid.* STSJ Madrid 6-4-1992, ar. 2109; 13-6-1997, ar. 2131.

No ha sido ésta la opción conceptual, sin embargo, más seguida doctrinalmente. Así, la mayor corrección de la tesis que lo configuraría como «un salario *in natura*» se suele explicar por el propio favor hacia este planteamiento del legislador fiscal español –aunque no refiera expresamente a los incentivos opcionales en el art. 43 LIRPF–, acorde por lo demás con la calificación de la mayor parte de las legislaciones y Administraciones Tributarias –ej. Administraciones Tributarias de los Länder alemanes–, y con experiencias jurisprudenciales comparadas –Holanda–, así como con la orientación dominante en la doctrina más reciente <sup>123</sup>.

En segundo lugar, entendemos, con la mayoría de la doctrina iusmercantilista, que debería diferenciarse claramente, aunque no lo entiende así la doctrina legal, entre diferentes modalidades de retribuciones opcionales –incluso por su transmisibilidad o no, aunque este argumento no nos parece convincente, como vimos, al margen de que en la práctica casi todas se conceden intransmisibles–. Así, mientras las típicas SOs, que implica la entrega de acciones, deberían configurarse como salario en especie, la modalidad de SARs (se pacta la percepción de una cantidad en función del valor dinerario de ciertos bienes en especie), sí que sería claramente una retribución en dinero o en metálico <sup>124</sup>.

## VII. REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, a la vista de las consideraciones aquí efectuadas, los ESOPs pueden entenderse como una moderna forma de remuneración del trabajo. Ésta, basada sobre la previsión de una evolución favorable del valor de las acciones de una sociedad o grupo en un plazo determinado (complemento variable en atención al precio futuro), encuentra su causa, con carácter general, en una política empresarial de implicación de los trabajadores, considerados bien de forma selectiva (altos directivos) bien generalizada (todos los empleados), en la creación de riqueza de la organización para la que se presta servicios (salario-incentivo).

<sup>123</sup> En todo caso, la opción tiene asignada en todo momento un valor, teórico o real, igual al potencial incremento retributivo obtenible por el empleado optante si ejerciese en el instante de la transmisión su derecho o en el de resolución de su vínculo laboral del derecho incorporado a la opción concedida. Esta magnitud se conoce como «valor intrínseco», y su valor será mayor que cero si la cotización es excedentaria respecto del tiempo de la cesión (*in the money option*). Su medida es muy útil para evaluar la prestación debida por la sociedad, independientemente de la calificación salarial o extrasalarial que reciba el incentivo. Vid. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* Lamentaban, antes de la doctrina legal analizada claro está, la indefinición de las líneas jurisprudenciales laborales y sociales en este punto ESPINOSA DE LOS MONTEROS *et alrri*. «Los sistemas de retribución a la carta: razones para su implantación, aspectos laborales y fiscales». *Revista de Asociación Española de Dirección de Personal (AEDiPe)*, junio 1999.

<sup>124</sup> Para los casos en que se conceden de forma intransmisible, que es la práctica usual, como se dijo, se entiende que la liquidación de la opción por entrega de acciones no es dineraria, sino en especie, donde puede considerarse como especie entregada el sobrevalor de la acción, calculado según el precio en que sea revendida en su momento (posterior al vencimiento), o liquidada ya a vencimiento, si ésta es la previsión del ESOP. Mientras que si la *liquidación de la opción por diferencias en metálico* –ej. SARs, bonos de consolidación bursátil u otras modalidades análogas donde el empleador otorga expectativas de incremento del cambio de su *stock*), la prestación salarial sería dineraria, si se liquida por la sociedad al tiempo de ejercicio como pago en metálico al trabajador, mediante cheque nominativo o abono en cuenta por transferencia. Vid. J. IBÁÑEZ. *op. cit.* págs. 246 y 247. Indiscriminadamente aceptan la naturaleza de salario en especie, aunque sin detenerse argumentalmente, F. PÉREZ DE LOS COBOS. *op. cit.* pág. 63.

Ni en un plano constitucional ni en un plano legal puede encontrarse obstáculo alguno para la legitimación de estas políticas retributivas, ni en sí mismas consideradas ni, todavía menos, en su proyección a los trabajadores no directivos. Antes al contrario, el marginal –y marginado– artículo 129.2 CE, norma jurídica programática pero norma al fin y al cabo, alienta seriamente su existencia y proliferación (principio jurídico de fomento de las formas de participación en la empresa). En esta misma dirección incentivadora se sitúa el reciente relanzamiento de la participación de los trabajadores en el Derecho Comunitario.

En cualquier caso, parece claro que el juicio, una vez más, no puede plantearse en términos de opciones abstractas, extremas y, por tanto, simplistas, sino en términos de transacción y equilibrio de la disciplina reguladora, legislativa, convencional, contractual y de empresa. Prohibir radicalmente, u obstaculizar fiscal, societaria o laboralmente, los sistemas retributivos como los ISOs, de general aceptación internacional, no sólo supondría un retroceso injustificable del sistema económico español, sino que es sencillamente una opción impresentable en términos de racionalidad normativa y económica. Ahora bien, es igualmente claro que resulta obligado limitar los excesos del sistema, no sólo por razones externas a la empresa-sociedad –ej. tutela de los intereses de los trabajadores, del público, del fisco...–, sino incluso por razones internas, de reglas de buen gobierno corporativo, en interés del accionariado y, en general, del sistema financiero en su conjunto.

Estos nuevos sistemas retributivos no pueden considerarse ni intrínsecamente buenos y eficientes, ni intrínsecamente malos, perversos o ineficientes, pues tales juicios de racionalidad normativa, ética, social y económica dependerán siempre de las condiciones de uso, de su diseño (política) y de su práctica (regulación). En todo caso, lo que sí parece cierto es que su eventual generalización en modo alguno resulta indiferente, mucho menos neutral, en el modelo de gobierno y organización de las relaciones de personal en la empresa, por lo que una ordenación convencional –más que legislativa– adecuada es una garantía para el mantenimiento de la estabilidad y equilibrio necesario en el entero sistema de relaciones laborales.