

ANA M.^a ROMERO BURILLO

Profesora TIEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Lleida

Extracto:

EL presente estudio debe enmarcarse en el importante y cada vez más intenso proceso de transformación que, desde hace ya algunos años, está afectando al trabajo por cuenta ajena y, en consecuencia, al Derecho del Trabajo. Entre los elementos que componen la relación laboral y que se han visto afectados por estos cambios, se encuentra la retribución de los trabajadores, como consecuencia de la necesidad puesta de manifiesto por las empresas de encontrar nuevas fórmulas retributivas más flexibles e individualizadas, más acordes con la nueva organización empresarial y, que al mismo tiempo, sean capaces de incrementar la motivación y fidelización de los trabajadores.

Dentro del conjunto de estas nuevas fórmulas de retribución destacan las llamadas *stock options*, las cuales han merecido en los últimos años una especial atención, tanto por parte de la opinión pública, como por parte de la doctrina y la jurisprudencia laboral.

En este artículo la autora realiza un completo análisis de los elementos definidores del salario que han servido, hasta el momento, para defender tanto la naturaleza salarial como extrasalarial de las *stock options*, haciendo especial referencia a los argumentos alegados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 2001 para declarar la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones, así como el importante voto particular que acompaña a la decisión del Alto Tribunal.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Una breve referencia al origen, concepto y dinámica de las *stock options*.
- III. Ventajas e inconvenientes de la implantación de las *stock options* como sistema retributivo de los trabajadores.
- IV. Argumentos a favor y en contra de la naturaleza salarial de las *stock options*.
 - 4.1. La definición legal de salario prevista en el artículo 26 ET.
 - 4.2. El carácter sinalagmático como elemento definidor del salario.
 - 4.3. El empresario como sujeto obligado al pago del salario.
 - 4.4. La aleatoriedad de las opciones sobre acciones.
 - 4.5. La irrenunciabilidad del salario y el derecho de opción de compra de las acciones.
 - 4.6. El carácter no cotizable de las *stock options*.
- V. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio que abordamos sobre la naturaleza salarial de las *stock options* (opciones sobre acciones) debe enmarcarse en el importante y cada vez más intenso proceso de transformación que, desde hace ya algunos años, está afectando al trabajo por cuenta ajena y, en consecuencia, a la disciplina que lo regula, es decir, al Derecho del Trabajo ¹.

Las cada vez más largas y continuas etapas de crisis económica, el proceso de globalización de la economía y el avance constante en el campo de las innovaciones tecnológicas están siendo los motores que vienen impulsando los cambios que se están produciendo en el marco de las relaciones de trabajo, comportando la proliferación de nuevas formas de trabajo y de nuevas formas de organización empresarial que, en muchas ocasiones, están difuminando los contornos de los propios sujetos de la relación laboral, es decir, trabajadores y empresarios ². Pero estos cambios no sólo están afectando a la configuración jurídica de los sujetos del contrato de trabajo, sino que también han alcanzado al propio contenido y desarrollo de la relación laboral, extendiéndose a todos y cada uno de los aspectos que comprende la prestación de servicios por cuenta ajena.

Entre los elementos de la relación laboral que se han visto afectados por estos cambios, encontramos, como no podía ser de otra manera, la retribución de los trabajadores ³, como consecuencia de la necesidad puesta de manifiesto por las empresas de encontrar nuevas fórmulas de retribución

¹ Una amplia reflexión sobre las transformaciones que en los últimos tiempos se han producido en el marco de la ordenación jurídica de las relaciones de trabajo se encuentra en SUPLOT, A. (Coord.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

² Vid. DURÁN LÓPEZ, F.: «Globalización y relaciones de trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 92/1998, págs. 869 a 888; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990, págs. 18 y ss. y ROJO TORRECILLA, E.: «Notas sobre los cambios en el mundo del trabajo y la globalización económica». *Documentación Social*, núm. 116/1999, págs. 69 a 84. En este sentido, y tal y como señala MORENO GENÉ, J.: «Són les "stock options" (opcions sobre accions) una nova modalitat de salari? A propòsit de la Sentència del Jutjat del Social núm. 30 de Madrid de 5 de juny de 2000». *Revista del Il·lustre Colegio de Abogados de Lleida*, núm. 17/2000, pág. 9, cada vez está adquiriendo más relevancia el trabajo al margen de la organización productiva, la externalización de servicios y, en general, las formas de trabajo autónomo y parasubordinado.

³ Tal y como apunta MERCADER UGUINA, J.R.: *Modernas tendencias en la ordenación del salario. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996, pág. 21, «(...) la automatización e informatización, la transformación de la gran empresa, el crecimiento de las pequeñas y medianas, la redistribución cuantitativa y cualitativa de mano de obra, la inversión de las relaciones de fuerza entre capital y trabajo y, en fin, la modificación del clima y la cultura empresarial resultan elementos que han venido a transformar el panorama de las relaciones laborales, y al resultar el salario una variable dependiente de los anteriores elementos, debe ajustarse a tales cambios, circunstancia que impone, en los momentos actuales, efectuar una transformación de un nuevo sistema de retribución flexible acorde con las anteriores exigencias (...)».

de su personal capaces de responder a una doble finalidad; por un lado, contar con un sistema de retribución más flexible e individualizado, acorde con el actual sistema de organización empresarial ⁴ y, por otro lado, contar con un mecanismo capaz de incrementar la motivación y fidelización de los trabajadores ⁵, apareciendo como un mecanismo alternativo a los instrumentos utilizados tradicionalmente con esta finalidad –como por ejemplo los pactos de permanencia–, los cuales han resultado ineficaces para alcanzar estas pretensiones.

Dentro del conjunto de nuevas fórmulas de retribución ⁶ a las que nos estamos refiriendo destacan, especialmente, las *stock options*, las cuales en los últimos años han sido objeto de una mayor atención, tanto por parte de la opinión pública ⁷, como por parte de la doctrina y la jurisprudencia ⁸.

Ahora bien, el desarrollo de esta modalidad retributiva no ha estado exenta de críticas derivadas, entre otras razones, de la arbitrariedad y/o las posibles desigualdades que en ocasiones puede comportar, la incertidumbre que introduce en la extensión y contenido de la retribución, las limitaciones que comporta para la movilidad de los trabajadores, etcétera ⁹.

A nivel laboral, uno de los aspectos más problemáticos que se ha derivado de la implantación de las *stock options* es su consideración o no como una percepción salarial. La resolución de esta cuestión es sumamente trascendental a efectos jurídico-laborales ya que no debemos olvidar que el reconocimiento de la naturaleza salarial de opciones sobre acciones abre un importante debate sobre la necesidad o no de realizar una reformulación de numerosos e importantes aspectos del régimen

⁴ MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección y gobierno de empresas: el caso de las *stock options*». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 214/2001, pág. 170.

⁵ MORENO GENÉ, J.: «Són les "stock options" (opcions sobre accions) una nova...», *op. cit.* pág. 9.

⁶ Un estudio sobre las nuevas fórmulas retributivas introducidas en el ámbito laboral se encuentra, entre otros, en MERCADER UGUINA, J.R.: *Modernas tendencias...*, *op. cit.*, en especial, págs. 193 a 219 y PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas de "incorporación" o "fidelización" de los trabajadores». *Documentación Laboral*, núm. 63/2000, págs. 5 a 23.

⁷ Si tuviéramos que fijar el momento en el cual se produce la popularización en España de la existencia de *stock options*, sin duda ese momento lo situaríamos cuando la opinión pública se hace eco de las cuantiosas retribuciones pactadas en favor de altos directivos y administradores de la empresa Telefónica a través de este sistema de remuneración. Así, recordemos que según los datos ofrecidos por la prensa la cantidad a que ascendían las opciones sobre acciones ofrecidas por la empresa Telefónica a un total de aproximadamente cien altos ejecutivos de la compañía era de ochenta y un mil setecientos cincuenta millones de pesetas. *Vid. Cinco Días*, 28 de febrero de 2000, pág. 6.

⁸ Al margen de alguna sentencia puntual que podemos encontrar a principios de los años 90, como la STSJ de Madrid, de 10 de abril de 1992 (AS 2133), ha sido en los tres últimos años cuando encontramos de forma más continuada resoluciones judiciales sobre esta materia, y en este sentido se pueden señalar la STSJ de Galicia, de 24 de septiembre de 1999 (AS 3029); STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de marzo de 2000 (AS 3134); STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 15 de enero de 2001 (AS 1215) y la STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 (AS 779).

⁹ MORENO GENÉ, J.: «Són les "stock options" ...», *op. cit.* pág. 9. Estas críticas, sin embargo, no han sido emitidas únicamente en foros más o menos especializados en la materia, y tal como apuntan HUERTA VIESCA, M.I.; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y VILLIERS, C.: «Una reflexión sobre el *stock options plan* de los administradores de las sociedades cotizadas». *La Ley*, vol. 4/2000 pág. 1.464, las críticas han procedido de todo tipo de ámbitos y autoridades, llegando incluso al ámbito religioso y así, por ejemplo, la Conferencia Episcopal Española calificó en su día a este tipo de retribuciones de «inmorales y contrarias a la ética».

jurídico del salario, como puede ser, por ejemplo, la inclusión de dichas cantidades dentro del cálculo de las indemnizaciones por despido o extinciones de trabajo, el otorgamiento o no de la categoría de crédito privilegiado, o la inclusión dentro de las cuantías que debe pagar el Fondo de Garantía Salarial ¹⁰.

Esta problemática se ha visto acentuada recientemente desde la vertiente judicial, ya que, si bien en un primer momento los Tribunales venían manteniendo una postura contraria a la consideración de las *stock options* como salario ¹¹, la STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 ¹², rompe con la unidad de criterio imperante hasta el momento, declarando que los beneficios obtenidos del ejercicio del derecho de opción sobre acciones tienen la condición de salario, todo lo cual ha llevado a que el Tribunal Supremo haya tenido que abordar esta cuestión en unificación de doctrina. Por tanto, un debate que inicialmente se planteaba en términos teóricos se ha trasladado al ámbito de la práctica, por lo que todavía resulta más atrayente el análisis que pretendemos realizar en este trabajo y sobre todo si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo por medio de la Sentencia de 24 de octubre de 2001 ha optado por la línea interpretativa seguida de manera minoritaria por los Tribunales al declarar la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones ¹³.

El estudio que iniciamos a continuación pretende analizar los elementos definidores del salario que han servido, hasta el momento, para defender tanto la naturaleza salarial como extrasalarial de esta fórmula retributiva haciendo, obviamente, especial referencia a los argumentos alegados por el Tribunal Supremo para declarar la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones, así como también el importante voto particular que acompaña a la decisión de este Alto Tribunal. Ahora bien, el análisis de cualquier materia hace necesaria una previa identificación y concreción de la misma y, por ello, antes de iniciar el análisis de los argumentos que han servido para apoyar las posturas mantenidas tanto desde la vertiente doctrinal como jurisprudencial sobre la naturaleza jurídico-laboral

¹⁰ En este sentido se manifiesta, por ejemplo, GÓMEZ FERNÁNDEZ, E.: «Consideraciones acerca del posible carácter salarial de la retribución a los trabajadores mediante retribuciones basadas en acciones (*stock options*)». *La Ley*, vol. 1/2000, pág. 1.521, el cual apunta que «entre estas consecuencias, imaginemos el problema que puede suponer para una empresa cuya plantilla tiene en su gran mayoría este tipo de retribución, que un juez dicte que las cantidades percibidas en concepto de *stock options* tienen la condición de salario; ahora imaginemos que se trata de una multinacional cuyas acciones en Bolsa se han revalorizado tremendamente en el último año, y que la mayoría de los trabajadores están incluidos en uno de estos planes: los costes laborales, y principalmente las indemnizaciones por despido no sólo se dispararían, sino que podrían llegar a ser inasumibles para la empresa». En términos parecidos se manifiesta también TAPIA HERMIDA, A.: «ESOPs (*Employee stock options plan*). Naturaleza salarial de las opciones laborales sobre acciones». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. (Legislación, Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 226/2002, al señalar que las consecuencias que se derivan para las empresas de la consideración salarial de los planes de opciones sobre acciones pueden ser sumamente importantes, ya que a efectos de despidos y extinciones que vienen acompañadas de indemnizaciones las cuantías a pagar pueden variar espectacularmente al alza.

¹¹ *Id.*, en este sentido, STSJ de Madrid, de 10 de abril de 1992 (AS 2133); STSJ de Galicia, de 24 de septiembre de 1999 (AS 3029) y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de marzo de 2000 (AS. 3134).

¹² Un completo tratamiento doctrinal de este pronunciamiento se encuentra en GARCÍA-PERROTE, I. y MARTÍN FLÓREZ, L.: «La naturaleza salarial de las opciones sobre acciones (*stock options*) y la necesidad de considerar el período que están remunerando». *Revista de Derecho Social*, núm. 16/2001, págs. 153 a 159.

¹³ Este criterio judicial se repite en la resolución jurisdiccional del día 25 de octubre de la misma Sala (rec. de casación núm. 3295/2000).

de las opciones sobre acciones, resulta imprescindible conocer cuál es el origen de las *stock options*, cómo se definen desde un punto de vista jurídico, cuál es el funcionamiento ordinario de tal sistema retributivo y qué ventajas e inconvenientes comporta su utilización.

De esta manera, el estudio que abordamos queda articulado en tres bloques temáticos diferenciados; en primer lugar, un primer bloque introductorio en el que se hará un breve análisis del origen, concepto y dinámica de las opciones sobre acciones haciendo también referencia a los «pros» y «contras» que acompañan a su utilización; un segundo bloque, en el que se estudiarán los diferentes elementos definidores del salario que han sido utilizados por la jurisprudencia para determinar la naturaleza jurídica de esta fórmula retributiva y, finalmente, un tercer bloque, en el que se realizará una valoración final sobre los aspectos que han sido objeto de estudio en los apartados anteriores de este trabajo.

II. UNA BREVE REFERENCIA AL ORIGEN, CONCEPTO Y DINÁMICA DE LAS STOCK OPTIONS

Aunque las *stock options*, también conocidas como planes de opciones sobre acciones o simplemente como opciones sobre acciones, son una fórmula retributiva de reciente incorporación en España –al menos desde un punto de vista normativo–, en realidad nos encontramos ante un sistema de retribución que encuentra su origen en los países anglosajones a partir de los años 50 ¹⁴.

Efectivamente, Estados Unidos primero y más tarde el Reino Unido fueron los países encargados de introducir los planes de opciones sobre acciones como un nuevo incentivo para los altos directivos de las empresas y, a partir de los años 70, las opciones sobre acciones empezarán a introducirse en otros países del continente europeo como Francia, hasta llegar a España, donde adquieren una cierta relevancia en los años 90, amén de que dichas prácticas ya habían sido importadas por empresas multinacionales que se habían instalado con anterioridad en el territorio español ¹⁵. De todas formas, el momento en el que en España las opciones sobre acciones van a adquirir un especial protagonismo será tras la polémica suscitada por el plan de acciones sobre acciones ofertado por la ya entonces empresa privada Telefónica S.A., la cual dará origen a la regulación que sobre esta materia se introducirá en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley del Mercado de Valores por medio de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ¹⁶.

¹⁴ Para un estudio sobre la implantación y desarrollo de las *stock options* vid. MELLA HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.* págs. 179 y ss.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social modificará el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Ley de Sociedades Anónimas, mediante la incorporación de dos nuevos párrafos al artículo 75.1 y al artículo 130 y dos nuevas disposiciones adicionales a la mencionada ley, y modificará la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, al introducir dos nuevos párrafos a su artículo 53. Un estudio sobre el contenido de estas modificaciones se encuentra en MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica de las *stock options* desde la perspectiva laboral y de la Seguridad Social». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 29/2001, págs. 137 a 146.

Las opciones sobre acciones han sido definidas por el Tribunal Supremo como «un derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleado para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir, bien la diferencia de precio de mercado de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento), bien las propia acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho»¹⁷.

No obstante, y tal y como ya advierte el propio Tribunal Supremo, la definición ofrecida, si bien puede servir para identificar en la mayoría de los casos a las *stock options*, entiende que no es posible realizar un tratamiento jurídico único e indiferenciado para la gran diversidad de situaciones y tramado de derechos y obligaciones que pueden surgir entre las partes con motivo de la suscripción de tales planes. En este sentido, hay que señalar que, dentro de las llamadas opciones sobre acciones, un sector de la doctrina distingue hasta tres tipos diferentes de planes¹⁸. Por un lado, encontramos los llamados «planes de opciones sobre acciones en un sentido estricto», en los cuales se realiza un otorgamiento a los beneficiarios de una opción sobre un paquete de acciones ya emitidas de la sociedad, que habrá de ejercitarse dentro de un plazo determinado durante el cual deberán seguir prestando sus servicios a la sociedad y al precio de cotización de acciones preestablecido en el momento de otorgamiento de la opción»¹⁹; por otro lado, otro tipo lo componen los «planes de opción de

¹⁷ STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Tercero. El texto completo de esta sentencia se puede consultar en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 226/2002, págs. 232 a 239. En términos parecidos ha definido la doctrina a los planes de acciones sobre acciones. Así, por ejemplo, DEL REY GUANTER, S. y BONILLA BLASCO, J.: «La naturaleza jurídica de las *stock options*: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001». *Actualidad Laboral*, núm. 31/2001, pág. 640, nos ofrecen una definición muy concreta de lo que debe entenderse por *stock options*, a efectos laborales, señalando que «(...) es un derecho de opción reconocido por el empresario, gratuita u onerosamente, a uno o varios empleados, sea de forma colectiva sea a título individual, mediante convenio o acuerdo coletivo, contrato de trabajo o decisión unilateral, en virtud del cual el empleado puede incondicional o condicionalmente, de forma inmeditada o, más frecuentemente, en un plazo temporal determinado, adquirir un paquete de acciones de la empresa (de una sola vez o gradualmente) a un precio determinado (normalmente el valor de la acción cuando se otorga el derecho de opción), estribando el eventual beneficio económico del empleado tanto en la posible adquisición de acciones valoradas a un precio superior (valor de mercado) al pagado al realizar la opción como, sobre todo, en la ganancia que pueda obtener por la transmisión de tales acciones a un precio superior al fijado originariamente para su adquisición»; por su parte, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales de las *stock options*». *Actualidad Laboral*, núm. 4/2001, pág. 57, en términos mucho más generales, se refiere a dichas opciones sobre acciones como «(...) el derecho de opción que la empresa ofrece a sus empleados para la adquisición de un paquete de sus propias acciones, que debe ejercerse en un determinado tiempo y a un precio también determinado, normalmente inferior al de mercado» y PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas...», *op. cit.* pág. 16, señala que «(...) por plan de opción sobre acciones hay que entender el pacto suscrito entre la empresa concedente y optataria y varios beneficiarios concesionarios u optantes, por el cual la empresa pagadora de la retribución variable les atribuye a uno o varios derechos de opción, obligándose, de conformidad con el contenido de estos derechos, en una o varias fechas previstas desde la constitución del plan y generalmente a condición de que los concesionarios cumplan determinados pactos de vinculación laboral y patrimonial con la empresa concedente, a entregarles acciones propias de la sociedad concedente en caso de que decidan ejercitar su derecho de opción manifestándolo así expresamente».

¹⁸ Sobre esta cuestión seguimos la clasificación ofrecida por MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 134.

¹⁹ Definición ofrecida por TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, pág. 261, citado por MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 134, nota 7.

suscripción de acciones», los cuales se diferencian de los anteriores por el hecho de que el derecho de opción se constituye sobre acciones que aún no han sido emitidas por la empresa que las ofrece ²⁰. Finalmente, encontramos las *stock options* que son conocidas como acciones fantasma o, en términos anglosajones, *phantom stock* o *stock appreciation rights* ²¹, que consisten en la fijación de la remuneración de los empleados en función del incremento de valor de las acciones de la sociedad en la que participan como trabajadores, normalmente como directivos, sin que ello suponga otorgar ningún derecho sobre tales acciones ²².

Si ponemos en relación la definición sobre acciones que acabamos de señalar, las referencias que se realicen, aunque en algunos casos pueda encajar en cualquier tipo de *stock options*, ha de entenderse realizada a la modalidad de planes sobre acciones en sentido estricto y a los planes de opción de suscripción de acciones.

Partiendo de esta premisa y de acuerdo con la definición general ofrecida por el Tribunal Supremo, es posible afirmar que las *stock options* cuentan con una estructura compleja en la cual es posible distinguir hasta cuatro fases de desarrollo diferentes, que son:

- 1.ª Fase: La concesión del derecho de opción que realiza el empresario a los trabajadores en virtud del cual en un momento posterior podrán adquirir las acciones correspondientes.
- 2.ª Fase: la consolidación del derecho de opción por cumplimiento de los requisitos que permite el ejercicio de opción por parte del trabajador.
- 3.ª Fase: el momento del ejercicio de la opción por parte del trabajador y la consiguiente adquisición de la titularidad jurídica de las acciones.
- 4.ª Fase y última: el momento en que se produzca la venta de las acciones adquiridas en base al plan a un tercero.

Esta estructura, con algunas peculiaridades o matizaciones, se identifica perfectamente en todos y cada uno de los supuestos que hasta este momento han sido planteados ante los Tribunales españoles. De esta forma, en todos los casos nos encontramos con una previa oferta de la empresa al trabajador para adherirse a un programa de opción de acciones en una fecha futura que le permitirá, en el plazo que fija la empresa, adquirir un número de acciones a un precio prefijado y que normalmente es inferior al establecido por el mercado (1.ª fase), una vez que el trabajador suscribe el contrato; a esta oferta le sigue un período de espera hasta la llegada del plazo temporal en el que será posible ejercitar el derecho de opción de compra de las acciones –período de carencia de ejercicio

²⁰ MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 135.

²¹ Para MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.* pág. 178, las acciones fantasma y los derechos vinculados a la cotización de las acciones no quedarían incluidas dentro de la modalidad de planes de opciones sobre acciones, sino que se tratarían, cada uno de ellos por separado, de otros sistemas diferentes de incentivo de los trabajadores, junto con los bonus multianuales, el préstamo para la compra de acciones o los planes de pensiones.

²² *Ibíd.*

del derecho de compra del trabajador– (2.ª fase); llegado el período de ejercicio, que normalmente se prolonga durante varios años, el trabajador puede decidir si hace efectivo o no el derecho de opción que deriva del contrato que suscribió en su momento con la empresa (3.ª fase) y, finalmente, una vez adquiridas las acciones si el trabajador decide venderlas, dado que las ha adquirido a un precio inferior al del mercado ello, le comportará un beneficio económico consistente en la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de venta (4.ª fase) ²³.

Como puede observarse, la dinámica ordinaria que tienen las *stock options* es un tanto complicada, lo cual ha generado una cierta confusión a la hora de determinar su naturaleza jurídica, ya que inicialmente se entendía que los planes de opciones sobre acciones se enmarcaban dentro de la categoría de las obligaciones de naturaleza condicional ²⁴. Sin embargo existen elementos definidores de las *stock options* que, según el Tribunal Supremo, hacen imposible el poder calificarlas como obligaciones condicionales. A este respecto, hay que recordar que las obligaciones condicionales son aquellas cuya eficacia queda sujeta a la producción de un acaecimiento futuro e incierto (art. 1.113 CC); sin embargo, la opción sobre acciones es un negocio jurídico complejo suscrito entre la empresa y el trabajador como medio individual de materialización de un plan general elaborado unilateralmente por la empresa para sus empleados y mientras lo sean, pues se trata de primar la propia existencia de la relación laboral fiel o vinculada con ella, deja de tener sentido desde el punto de vista de quien ofrece el derecho de opción cuando el empleado ya no está en activo ²⁵.

En este mismo sentido se ha manifestado la doctrina que considera que el hecho de que la opción sea concedida a un trabajador que no tiene la certeza de mantener vigente su relación de trabajo, una vez que haya transcurrido el período de carencia para ejercitarla, no debe ser considerado una condición en un sentido técnico, capaz de matizar el negocio jurídico. De igual manera, tampoco la existencia del mencionado período de carencia se considera como un elemento suficientemente relevante para deducir que se trate de una condición; finalmente, la incertidumbre en el desarrollo del mercado bursátil tampoco se considera que suponga un impedimento al titular de la opción que proceda a ejercitarla, sólo constituye un motivo que le impulsará o no a hacerlo ²⁶.

En consecuencia, la opción sobre acciones ha de entenderse como un verdadero derecho que se encuentra sometido no a una condición sino a un término. «(...) El contrato de opción se perfecciona por el consentimiento y en el momento en que confluyen las voluntades de las partes que lo

²³ A modo de ejemplo, en el supuesto de hecho que es objeto de análisis en la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de marzo de 2000 (AS 3134), el trabajador se adhiere a varios programas de opción de acciones de la empresa donde trabaja. Concretamente se adhiere al programa del año 1994, que le daba derecho a adquirir hasta el 31 de octubre de 1999 un total de 50 acciones ordinarias al precio de cierre de las mismas en 31 de octubre de 1994 de la Bolsa de Amsterdam, ejercitando dicho derecho de compra el 9 de enero de 1998 y simultáneamente el de venta y, posteriormente, se adhiere al programa de 1998, cuya fecha de ejercicio se extiende del 24 de marzo del año 2001 hasta el 23 de marzo de 2003.

²⁴ Postura defendida por el TSJ del País Vasco, de 31 de octubre de 2000.

²⁵ STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Quinto. Párrafo cuarto.

²⁶ PRADAS MONTILLA, R.: «Opciones sobre acciones y Tribunal Supremo». *Documentación Laboral*, núm. 66/2001, pág. 8.

suscriben (...) el término o plazo para su ejercicio se configura, así, en los planes de opciones sobre acciones de la empresa como el presupuesto o elemento esencial, como un requisito propio, típico e inseparable del negocio jurídico mismo, sin el que no cabría conceptuarlo de tal (...)»²⁷.

III. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA IMPLANTACIÓN DE LAS *STOCK OPTIONS* COMO SISTEMA RETRIBUTIVO DE LOS TRABAJADORES

Es precisamente la compleja estructura de los planes de opciones sobre acciones lo que lleva a plantearnos cuáles pueden ser las razones que motivan la utilización y la cada vez mayor difusión de un sistema retributivo de estas características en detrimento de otras fórmulas más sencillas y menos confusas.

Para dar respuesta a esta cuestión, en primer lugar, es necesario concretar el contexto tanto económico como empresarial donde se va a implantar esta fórmula retributiva para, posteriormente, poder valorar con mayor exactitud las ventajas e inconvenientes que acompañan al establecimiento de este sistema retributivo.

A este respecto hay que señalar que los estudios que se han realizado sobre este tema han puesto de relieve que las *stock options* han conseguido una especial e importante implantación en las empresas relacionadas con las nuevas tecnologías²⁸. Este dato no debe sorprendernos dado que, en la medida en que se trata de empresas que en sí mismas son innovadoras, lo cual les lleva a formar parte de ese grupo de empresas de la llamada nueva economía –introducen nuevas formas organizativas, nuevos sistemas productivos, nuevos productos de consumo, etc.–, de igual manera esa innovación también intentan trasladarla a la hora de fijar los parámetros que han de servir para fijar la retribución de los trabajadores, buscando instrumentos retributivos que permitan satisfacer y adecuarse en la mayor medida posible a las necesidades individuales de los trabajadores. En este sentido, consideramos que se trata de empresas que son perfectamente conscientes de que el perfil de trabajador ha evolucionado y que de la misma manera han de evolucionar los aspectos laborales vinculados a la persona del trabajador. De esta forma, asumen totalmente la concepción del salario no como una mera constra prestación por el trabajo realizado, sino como un elemento laboral complejo que engloba una serie de variables adicionales que abarca tanto las características del trabajador como su esfera personal²⁹.

Por otra parte, junto con la evolución conceptual del trabajador y consecuentemente del salario, también se ha producido un importante cambio en la configuración de los vínculos de unión que deben existir entre el empresario y los trabajadores, es decir, en relación a la implicación que debe

²⁷ STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Quinto. Párrafo sexto. De la misma opinión son los magistrados que emiten el Voto Particular que acompaña a la sentencia mencionada. Fundamento de Derecho Tercero. Párrafo segundo.

²⁸ Vid., por ejemplo, MELLA HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.* págs. 179 y ss.

²⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica del salario*. Ed. Comares. Granada, 2001, pág. 78.

existir por parte de los trabajadores en la actividad empresarial. De esta forma, se ha pasado de fórmulas tendentes a una integración ideológica de los trabajadores en la actividad productiva a fórmulas de integración económica a la misma ³⁰.

Un ejemplo normativo donde se pone de relieve la preferencia por la integración económica de los trabajadores en la empresa se encuentra en la Recomendación del Consejo 92/433/CEE, de 27 de julio, relativa a la promoción de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa, en donde además se hace expresa mención al establecimiento de fórmulas de participación de los trabajadores en el capital de la empresa ³¹.

En esta misma línea tampoco debemos olvidar un referente normativo tan importante como el artículo 129.2 CE en el que se recoge un mandato a los poderes públicos para que promuevan eficazmente las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa y establezcan los medios que faciliten el acceso de los mismos a la propiedad de los medios de producción.

Finalmente, no debemos olvidar que, a pesar de que en los últimos años se ha producido una cierta «democratización» de los programas de opciones sobre acciones ³², se trata de una fórmula retributiva que originariamente estaba pensada para las personas que ocupan puestos de dirección en las empresas con la finalidad de buscar una mayor identidad entre los incentivos salariales y la actividad desarrollada por este colectivo de trabajadores.

Teniendo en cuenta este interés creciente por el establecimiento de políticas retributivas más flexibles e individualizadas, que se adecuen a la estructura y cultura de cada organización empresarial ³³, las *stock options* aparecen como respuesta válida para la consecución de los objetivos que buscan las empresas a la hora de retribuir a sus trabajadores.

Las opciones sobre acciones permiten identificar de un modo más global los intereses de los directivos con el interés del resto de sujetos que participan de los beneficios de la empresa, es decir, los accionistas ³⁴, ya que el beneficio que obtiene un directivo es el valor de las acciones en el mer-

³⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: *Modernas Tendencias...*, op. cit. pág. 194. Esta idea la recoge el mismo autor en «Cambios productivos y nuevos sistemas salariales». *Tribuna Social*, núm. 87/1998, pág. 67.

³¹ CORDERO SAAVEDRA, L.: «Los sistemas retributivos variables como fórmulas para involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa». *Relaciones Laborales*, núm. 5/2002, pág. 12 y GONZÁLEZ LABRADA, M. y VALLEJO DA'COSTA, R.: «La participación en los beneficios y resultados de la empresa y la flexibilidad salarial» en AA.VV.: *La reforma del mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*. Ed. Comares. Granada, 1996, págs. 317 a 321.

³² En España, la primera empresa en ofrecer opciones sobre acciones al conjunto de los trabajadores fue Telepizza, ejemplo que más tarde seguirán empresas como BBVA y Telefónica y sus filiales TPI y Terra. Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», op. cit. pág. 59.

³³ ARRAIZ, J.I.: *Retribuir el futuro. Guía práctica de la retribución en España*. Ed. Santillana-Hay Group. Madrid, 1999. Tal y como señalan PADILLA MARTÍNEZ, F. y DOMMARCO LINDENTHAL-BREIER, A.: «Política retributiva y de compensación 1.ª Parte». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 187/1998, pág. 187, cada vez más la estructura salarial intenta incorporar elementos capaces de influir en la motivación, el rendimiento y la satisfacción de los empleados. De esta forma, el establecimiento de una estructura salarial adecuada es un punto fundamental de la política de gestión interna de la empresa.

³⁴ Tal y como apunta ZARZA, R.: «*Stock options*. (Comentario a la STSJ Madrid 22 de febrero de 2001: una sentencia para la polémica)». *Relaciones Laborales*, núm. 7/2001, pág. 79, «(...) con este tipo de planes (...) el objetivo (...) (es) colocar casi en una situación de paridad al trabajador y al socio o accionista».

cado bursátil, por lo que hay que suponer que los directivos tratarán de actuar lo más eficientemente posible para incrementar el valor de las acciones y conseguir, de esa forma, el máximo beneficio posible ³⁵, consiguiendo involucrar a los trabajadores en la consecución de los fines corporativos de la empresa ³⁶, al mismo tiempo que una mayor motivación del personal a la hora de realizar su trabajo.

Asimismo, estos planes de opciones sobre acciones se presentan como un instrumento idóneo para la fidelización de los trabajadores ya que, por un lado, se vincula la retribución del trabajador al mantenimiento de su esfuerzo durante un período de tiempo determinado, evitando las fugas de los trabajadores a otras empresas y controlando los altos costes que supone para las empresas un alto índice de rotación de los trabajadores ³⁷ y, por otro lado, cuando las *stock options* representan un alto porcentaje en la remuneración de los trabajadores se presentan como un mecanismo alternativo a los contratos blindados que habitualmente se establecen con los altos directivos de las empresas, por lo que si sus servicios no son exitosos no podrán beneficiarse de su mala gestión, sino que sufrirán las consecuencias del descenso del valor de las acciones en el mercado bursátil ³⁸.

Finalmente, los programas de opciones sobre acciones facilitan el establecimiento de objetivos de medio y largo plazo, a diferencia de otros sistemas de retribución basados en la participación en beneficios que normalmente tienen una duración anual o bianual, lo cual es especialmente ventajoso para la toma de decisiones y en relación a posicionamiento y rentabilidad de la empresa ³⁹.

Pero junto con todas estas ventajas que acompañan a la implantación de un sistema de retribución variable como las *stock options*, también es posible detectar importantes inconvenientes que no han de ser despreciados a la hora de decidir la incorporación de esta fórmula retributiva al cálculo del salario de los trabajadores.

A este respecto se puede señalar que la implantación de programas de opciones sobre acciones no siempre puede cumplir los objetivos pretendidos por las empresas, ya que no debemos olvidar que el elemento que determina el valor de las acciones es el mercado bursátil, el cual es muy sensible a ciertos acontecimientos que escapan de las buenas prácticas de los trabajadores ⁴⁰, por lo que sólo en un mercado bursátil estable se pueden alcanzar los objetivos marcados por las empresas al fijar este tipo de retribución.

³⁵ Ésta es la opinión mantenida, entre otros, por GARCÍA-PERROTE, I. y MARTÍN FLOREZ, L.: «La naturaleza salarial de las opciones sobre acciones (*stock options*)». *Relaciones Laborales*, núm. 15-16/2000, pág. 69 y MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.* pág. 171.

³⁶ OSORIO, M. y PRAT, R.: «Los planes basados en acciones». *Recursos Humanos*, núm. 22/2000, pág. 2.

³⁷ En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.* pág. 59, nos ofrece el dato correspondiente a la empresa Microsoft que llevó a cabo un significativo aumento del salario de sus 30.000 empleados y una mejora de sus planes de *stock options* como respuesta a las numerosas dimisiones de sus cuadros directivos, que abandonaban la compañía para buscar mejor fortuna en las jóvenes *start-ups* especializadas en el comercio electrónico, con la finalidad de retener a los mejores empleados, lo cual es sumamente rentable para las empresas dado que un alto índice de rotación constituye un enorme coste económico para las mismas.

³⁸ MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.* pág. 171.

³⁹ *Ibid.*, pág. 172.

⁴⁰ Opinión compartida por todos los autores. *Vid.*, por todos, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.* pág. 59.

Otro inconveniente que han de tener en cuenta las empresas es la dificultad que existe para realizar una valoración económica de su coste puesto que no debemos olvidar que el precio de las acciones se fija en función de la fluctuación del mercado bursátil ⁴¹.

Asimismo, no siempre se alcanza el objetivo de fidelizar a los trabajadores de las empresas, ya que para ello es necesario, por un lado, que se den las condiciones de mercado perfecto, es decir, que no haya información privilegiada, una elevada liquidez, etc., y por otro lado, la estructura de los planes de opciones sobre acciones deberían incorporar un elemento de minusvalía para el trabajador, que no se contempla, ya que el resultado de estos planes o llevan a un beneficio para el contratante o no se ejercita el derecho de opción. Además, en algunas ocasiones, los trabajadores pueden estar más interesados en que la compañía sea objeto de una OPA que les permita ejercitar sus opciones, que en mejorar sus actuaciones y esfuerzo en la gestión de la empresa ⁴².

Finalmente, un aspecto que también puede influir de forma decisiva en el éxito que pueda llegar a tener la implantación de programas de opciones sobre acciones es el tratamiento fiscal que reciba el beneficio obtenido por los trabajadores en estos casos. De esta forma, junto con la rentabilidad económica que puede suponer la compra de un paquete de acciones también hay que tener muy presente la proporcionalidad del coste fiscal a que estará sujeto dicho incremento patrimonial del trabajador beneficiado, lo que hará verdaderamente atractivo o no para los trabajadores la implantación de esta forma retributiva.

IV. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA NATURALEZA SALARIAL DE LAS STOCK OPTIONS

4.1. La definición legal de salario prevista en el artículo 26 ET.

Un primer aspecto que ha de ser objeto de análisis a la hora de abordar la determinación de la naturaleza jurídica de las *stock options* es la identificación de esta fórmula retributiva con la definición de salario que nos ofrece nuestra normativa laboral.

El artículo 26.1 ET define al salario como «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como trabajo».

⁴¹ MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.* pág. 176.

⁴² *Ibíd.*, págs. 174 a 176.

Los términos utilizados por el legislador para definir el salario nos permiten afirmar que nos encontramos ante un concepto de salario amplio ⁴³, capaz de integrar una multiplicidad de prestaciones económicas que se reciben como consecuencia del vínculo jurídico-laboral existente entre trabajador y empresario ⁴⁴. Tanto es así que los propios Tribunales han reconocido en numerosas sentencias que el artículo 26 ET permite realizar una interpretación amplia y omnicomprendiva de lo que debe considerarse como salario, lo cual ha llevado a la elaboración jurisprudencial de una presunción *iuris tantum* de la naturaleza salarial de las percepciones que recibe un trabajador ⁴⁵. De esta manera, la consideración de una percepción económica del trabajador como extrasalarial pasa por destruir previamente la presunción de su carácter salarial.

En conclusión, de acuerdo con el artículo 26.1 ET, si somos capaces de demostrar que las *stock options* son una percepción que tiene su causa en la existencia de una relación laboral entre otorgante y beneficiario de los planes de opciones sobre acciones, habrá que partir de la consideración de la naturaleza salarial de dichas percepciones económicas y a continuación buscar argumentos capaces de negar la naturaleza salarial de esta fórmula retributiva.

Que las *stock options* son un sistema retributivo vinculado a la relación laboral es un dato que parece ser incuestionable ⁴⁶, ya que si realizamos una interpretación sistemática del artículo 75.1 párrafo 2.º, del artículo 130 párrafo 2.º y de la Disposición Adicional 4.ª de la LSA se puede comprobar cómo los únicos sujetos que pueden ser beneficiarios de un plan de opciones sobre acciones son los administradores, el personal de alta dirección y cualquier otra persona vinculada por una relación laboral con la sociedad ⁴⁷. En este mismo sentido, si revisamos los contratos

⁴³ La generalidad de los términos con los que se define el salario en el artículo 26 ET ha llevado a un sector de la doctrina a calificar a dicho precepto como una norma en blanco. En este sentido, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones salariales extrasalariales. (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*. Ed. McGraw-Hill. Madrid, 1999, pág. 60, nota 103, afirma que es una noción abierta, en la que tienen cabida tanto una concepción estricta de la sinalagmaticidad funcional del contrato como una concepción flexible de la misma.

⁴⁴ Esta concepción omnicomprendiva del salario se recoge con claridad, por ejemplo, en las SSTS de 12 de mayo de 1984 (Ar. 3025), de 31 de mayo de 1990 (Ar. 4527), de 13 de diciembre de 1990 (Ar. 9783). Un amplio análisis de la delimitación del concepto de salario por parte de la jurisprudencia se encuentra en RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «Líneas principales de la jurisprudencia en materia salarial». *Tribuna Social*, núm. 87/1998, págs. 129 y ss.

⁴⁵ A este respecto, por ejemplo, en la STS de 9 de febrero de 1987 (Ar. 800) se afirma que el art. 26.1 ET «(...) instituye una verdadera presunción *iuris tantum* de que las cantidades que perciba un trabajador de su empresario son salario, conllevando un desplazamiento de la carga de la prueba para que aquel que afirme lo contrario lo acredite(...)». En un mismo sentido, *vid.*, entre otras, SSTS de 12 de febrero de 1985 (Ar. 636), 25 de octubre de 1988 (Ar. 8152) y más recientemente STSJ de Cataluña de 5 de julio de 1995 (AS 3065), STSJ de Madrid de 17 de julio de 1996 (AS 3321) y STSJ de 15 de septiembre de 1997 (AS 3133).

⁴⁶ No es ésta la opinión mantenida en la STSJ de Madrid, de 10 de abril de 1992 (AS 2133) que en sus consideraciones jurídicas señala que las *stock options* tienen naturaleza mercantil, por lo que constituyen una materia jurídica ordenada por el Derecho Mercantil, olvidando por completo que, en la medida en que el transmisor de las mismas tiene la condición de empresario laboral, dichas atribuciones patrimoniales se integran en el marco de las relaciones de trabajo y, por tanto, en el ámbito de influencia del Derecho del Trabajo.

⁴⁷ En este sentido, se manifiestan GÓMEZ FERNÁNDEZ, E.: «Consideraciones acerca del posible carácter salarial...», *op. cit.* pág. 1.521 y MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 138.

de opción que hasta el momento han sido objeto de análisis por la jurisprudencia, se puede observar cómo en todos ellos se vincula el ejercicio del derecho de opción a la vigencia del contrato de trabajo ⁴⁸.

En cualquier caso, hay que señalar que la afirmación anterior no ha generado una excesiva polémica ni doctrinal ni jurisprudencial por parte de los defensores de la naturaleza «extrasalarial» de las *stock options*. Las diferencias sobre esta cuestión aparecen en el momento en que se ha de determinar si los beneficios económicos que pueden obtener los trabajadores del ejercicio de la opción de compra de acciones pueden considerarse una compensación económica derivada del trabajo desarrollado por el trabajador o no.

Tales diferencias ya se ponen de manifiesto a la hora de interpretar el artículo 26.2 ET, en donde, recordemos, se recoge una enumeración de percepciones que recibe el trabajador y que tienen su causa en el contrato de trabajo y a las que el legislador no les ha concedido la categoría de salario. A este respecto hay que señalar que el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 2001, dictada en unificación de doctrina, mantiene, como en pronunciamientos anteriores, su postura de realizar una interpretación restrictiva del artículo 26.2 ET ⁴⁹, al señalar que en dicho precepto «(...) no tienen la condición de salario únicamente las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos(...)» ⁵⁰.

De acuerdo con los términos utilizados por el Alto Tribunal, hay que entender que considera que la enumeración de atribuciones patrimoniales recogida en el artículo 26.2 ET es una lista cerrada y, por tanto, todas aquellas percepciones que no respondan a los conceptos previstos en este apartado no pueden ser consideradas como percepciones extrasalariales.

No es ésta, sin embargo, la opinión que viene manteniendo la doctrina científica, que entiende que el contenido del artículo 26.2 ET es una lista abierta, por lo que no sólo deben considerarse partidas extrasalariales las referidas en dicho precepto sino también todas aquellas otras ventajas económicas percibidas por los trabajadores con cargo a la empresas que responden a una finalidad igual o parecida a la de las percepciones extrasalariales expresamente previstas en el artículo 26.2 ET ⁵¹.

⁴⁸ Este elemento se recoge de forma detallada en la STSJ Comunidad Valenciana (AS 3134). En esta sentencia el Antecedente de Hecho IX reproduce el certificado de adhesión del trabajador al programa de 1998 de la empresa Aegon donde quedan estipuladas las condiciones en las que deberá ejercitarse el derecho de opción por parte del trabajador.

⁴⁹ *Vid.*, entre otras, SSTS en unificación de doctrina de 26 de junio de 1995 (Ar. 5227), de 1 de abril de 1996 (Ar. 2969) y de 3 de mayo de 1996 (Ar. 4372).

⁵⁰ Fundamento de Derecho Séptimo.

⁵¹ GARCÍA MURCIA, J.: «Concepto y estructura del salario». *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 100-I/2000, pág. 621, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales...*, *op. cit.* pág. 78, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.* pág. 67 y RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «Líneas principales de la jurisprudencia...», *op. cit.* pág. 131.

Los argumentos que apoyan la postura doctrinal se basan, principalmente, en pronunciamientos jurisprudenciales en los que se reconoce el carácter extrasalarial de percepciones recibidas por los trabajadores que no responden a ninguna de las categorías previstas en el artículo 26.2 ET ⁵², como es el caso, por ejemplo, de la compensación del pacto de no competencia postcontractual [art. 21.2 b) ET], la indemnización por salarios de tramitación o los salarios dejados de percibir [art. 56.1 b) ET], las ventajas o beneficios económicos derivados de la utilización de comedores, economatos o instalaciones de la empresa, o las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social ⁵³.

A nuestro parecer, los argumentos alegados por los defensores de la naturaleza extrasalarial de las *stock options* resultan ciertamente convincentes, dada la falta de coherencia que mantiene el Tribunal Supremo en relación a la interpretación del contenido del artículo 26.2 ET. En defensa del Alto Tribunal, también hay que señalar que quizás la impresión de falta de coherencia a este respecto puede venir dada, por un lado, por la consideración de que el *nomen iuris* de la percepción económica que recibe el trabajador por parte del empresario no es un elemento relevante a efectos de determinar su naturaleza salarial o extrasalarial ⁵⁴, por lo que hay que determinar la verdadera naturaleza de las percepciones a partir de la finalidad pretendida con su pago, lo cual lleva a incluir dentro de alguna de las categorías extrasalariales previstas en el artículo 26.2 ET retribuciones que a pesar de que no responden nominativamente a ninguna de ellas sí lo hacen en su función. Por otro lado, hay que recordar que hasta la Reforma Laboral de 1994, el artículo 26 ET contaba con una normativa de desarrollo en la que se concretaba algo más cada una de las categorías extrasalariales mencionadas en el artículo 26.2 ET ⁵⁵, por lo que las percepciones que no respondían claramente a alguna de estas categorías podían tener su entrada en este apartado del precepto estatutario gracias a la normativa que lo desarrollaba ⁵⁶. No obstante, en relación a esta última consideración, hay que señalar que, tras la Reforma Laboral de 1994, la normativa que hasta ese momento desarrollaba el artículo 26 ET quedó expresamente derogada sin que ello haya supuesto ninguna variación en la postura mantenida por la jurisprudencia con respecto a las percepciones que se consideran extrasalariales.

⁵² Así, la STS de 10 de noviembre de 1986 (Ar. 6306) señala que la relación de conceptos no salariales previstos en el artículo 26.2 «(...) no son en absoluto excluyentes de otras percepciones en las que tampoco concurre este carácter, por lo que la no aplicación de dicho número no determina necesariamente la aplicabilidad del número 1 del mismo artículo (...)». En un mismo sentido se manifiesta, más recientemente, el TS, en la Sentencia de 18 de enero de 1996 (Ar. 3249).

⁵³ Cfr. Voto particular emitido por el Magistrado Sr. Martín Valverde a la STS de 24 de octubre de 2001, al que se adhieren los Magistrados Sres. Gil Suárez y Marín Correa. Fundamento de Derecho Segundo.

⁵⁴ Cfr., entre otras, STS de 25 de mayo de 1992 (Ar. 3598), STS de 19 de junio de 1995 (Ar. 5204) y STS de 23 de julio de 1996 (Ar. 6352).

⁵⁵ RD 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario y Orden de 22 de noviembre de 1973 para desarrollo del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario.

⁵⁶ A este respecto hay que recordar que el artículo 4 de la Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1973 al referirse a las percepciones que han de entenderse incluidas dentro de la categoría de percepciones extrasalariales señalaba expresamente el quebranto de moneda, las percepciones por desgaste de útiles o herramientas, o para la adquisición de prendas de trabajo, los gastos de locomoción y las dietas de viaje; los pluses de distancia y de transportes urbanos; la dote por matrimonio del personal femenino, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social y servicios asistenciales y de seguridad social complementaria que puedan establecerse por las empresas, así como los de asistencia social relativa a fines formativos, culturales, deportivos o recreativos, los créditos no reintegrables en su totalidad o en parte para atenciones extraordinarias personales o familiares, los economatos, comedores o instituciones de una misma índole.

En cualquier caso, aunque podamos estar de acuerdo con los argumentos alegados por los defensores de la naturaleza extrasalarial de las opciones sobre acciones, la consideración del artículo 26.2 ET como una lista abierta no es un elemento que permita, en ningún caso, concluir que nos encontramos ante una atribución económica que se sitúa al margen del salario de los trabajadores, por lo que la anterior valoración tendrá que venir acompañada de otros elementos/datos/criterios que tengan una mayor relevancia jurídica en la determinación de la naturaleza salarial de las percepciones recibidas por el trabajador.

4.2. El carácter sinalagmático como elemento definidor del salario.

Un elemento que tradicionalmente ha servido para distinguir las percepciones salariales de las extrasalariales es la exigencia de que la atribución patrimonial que recibe el trabajador del empresario tenga por objeto retribuir el trabajo realizado. Por tanto, sólo es salario lo que tenga su causa en el trabajo efectivamente prestado, sin perjuicio de que esta noción se utilice en sentido amplio, comprensiva también de lo que el trabajador perciba por los períodos de descanso que legalmente se asimilen al trabajo efectivo ⁵⁷.

Para llegar a tal conclusión es suficiente con acudir a la definición legal de salario que nos ofrece el artículo 26.1 ET, en el cual se establece que «se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores en dinero o en especie, *por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo (...), o los períodos de descanso computable como trabajo (...)*».

Sobre la base de esta delimitación legal queda perfectamente reflejado uno de los rasgos definidores del contrato de trabajo como es el carácter sinalagmático, y en base a tal característica se entiende que en el contrato de trabajo la causa reside en la contraprestación entre trabajo y retribución en función de recíproca equivalencia, es decir, que la retribución dentro del juego de correlativos derechos y obligaciones de las partes contratantes constituye una obligación de prestación interdependiente que nace normalmente de la realización efectiva del servicio y está ligado con ello por un indisoluble nexo de causalidad, hasta el punto de que no es concebible una sin la otra y que, en principio, con carácter general, y salvo las excepciones reguladas en la ley de supuestos interruptivos y suspensivos, en que se mantiene el deber retributivo, no deviene la obligación de pago sino cuando la actividad laboral se ha prestado ⁵⁸.

⁵⁷ Vid., por todos, GARCÍA MURCIA, J.: «Concepto y estructura...», *op. cit.* pág. 617. La consideración de que el salario retribuye períodos de inactividad no es una opinión unánime, ya que un sector doctrinal entiende que el salario sólo retribuye el tiempo de trabajo prestado o, al menos, debido prestar, pero jamás retribuye tiempo libre, de manera que cuando se utiliza la expresión «retribuido», no se está diciendo que se obliga a los empresarios a pagar un salario de inactividad sino que, indirectamente, el salario por actividad se va a ver aumentado en términos relativos como consecuencia de las normas reductoras de la jornada. Vid., en este sentido, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *La ordenación del tiempo de trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid, 1998, pág. 94 y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los salarios de inactividad: fundamentos y régimen jurídico». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 224/2001, pág. 83.

⁵⁸ STS de 27 de enero de 1983 (Ar. 139).

En función del carácter sinalágmico que tiene el contrato de trabajo, reflejado en la delimitación conceptual general de salario previsto en el artículo 26.1 ET, se defiende que las *stock options* no pueden ser consideradas salario puesto que no tienen como finalidad retribuir el trabajo efectivamente realizado ni los períodos de descanso asimilados a trabajo efectivo, sino que únicamente priman la fidelidad y la afección a la empresa ⁵⁹.

Siguiendo esta línea argumental se señala que la desconexión o falta de vinculación entre el beneficio controvertido y el trabajo prestado por el beneficiario se desprende de las propias condiciones del contrato de opción, ya que el beneficio o la ventaja económica se obtiene con el mero transcurso del período de carencia que se haya establecido, y ello aunque la relación de trabajo haya estado suspendida o incluso se haya extinguido por jubilación, incapacidad o fallecimiento ⁶⁰.

Asimismo, se entiende que la atribución patrimonial que se deriva de la adhesión a un plan de opciones sobre acciones no es susceptible de enmarcarse en ninguna de las categorías salariales previstas por la ley. En relación a su consideración como salario base, se entiende que para el caso y para el tiempo en que la relación laboral ha estado plenamente viva, ni el tiempo de actividad ni el resultado de la misma son factores que influyan en la determinación del valor económico de las opciones sobre acciones. De igual forma, tampoco se considera que las cualidades del trabajador que suelen influir en la calidad del trabajo prestado –véase antigüedad, títulos, estudios, idiomas, etc.–, module el contenido patrimonial de las *stocks options*. Finalmente, la identificación de los programas de opciones sobre acciones con un complemento salarial vinculado a los beneficios o resultados de la empresa es una posibilidad que no ha merecido especial apoyo porque se considera que la cotización en bolsa mantiene una relación excesivamente remota y mediatizada con el trabajo desarrollado en las empresas, si ello no viene acompañado de referencias más concretas ⁶¹.

De acuerdo con todos estos argumentos se ha propuesto que las *stock options* se incluyan dentro de la categoría de los llamados *fringe benefits* ⁶², es decir, dentro del conjunto de prestaciones heterogéneas que tienen como finalidad proporcionar al personal de una empresa, o a un amplio sector del mismo, ventajas económicas o servicios diversos que no se encuentran conectados causalmente con el trabajo prestado y que tienen como finalidad interesar a los trabajadores en la buena marcha de la empresa e incentivar su colaboración para la consecución de dicho fin ⁶³.

⁵⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «implicaciones laborales...», *op. cit.* págs. 65 y 66; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: «Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones». *Aranzadi Social*, núm. 4/2001, pág. 37 y PRADAS MONTILLA, R.: «Salarios y técnicas de incorporación...», *op. cit.* pág. 22. Esta misma línea argumental es seguida en la STSJ de Galicia, de 24 de septiembre de 1999 (AS 3029), en la STJS núm. 30 de Madrid, de 5 de junio de 2000 (AS 2125) y en la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de marzo de 2000 (Ar. 3134).

⁶⁰ Voto particular formulado por el Magistrado Sr. Martín Valverde a la STS de 24 de octubre de 2001 y al que se adhieren los Magistrados Sres. Gil Suárez y Marín Correa. Fundamento de Derecho Primero. Párrafo cuarto.

⁶¹ Cfr. STS de 24 de octubre de 2001. Voto Particular. Fundamento de Derecho Primero. Párrafos quinto, sexto y séptimo y Fundamento de Derecho Segundo. Párrafo cuarto.

⁶² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.* pág. 66.

⁶³ MARTÍN VALVERDE, A.: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social*. Ed. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1970, pág. 17. En términos parecidos se expresan MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales...*, *op. cit.* págs. 285 y 286 y MERCADER UGUINA, J.R.: *Modernas tendencias...*, *op. cit.* págs. 144 y 145.

Frente a esta postura, otro sector doctrinal y jurisprudencial participa de una interpretación más flexible de la noción de salario contenida en el artículo 26.1 ET que parte de una concepción teleológica de salario. De esta manera, se entiende que, aunque en las opciones sobre acciones confluyen finalidades de carácter participativo, éstas no tienen suficiente fuerza como para desplazar la causa remuneratoria que subyace a toda atribución patrimonial proveniente del empresario ⁶⁴.

El carácter retributivo de las opciones sobre acciones encaja perfectamente en el concepto comunitario utilizado por la jurisprudencia del TJCE que, en base al artículo 119.2 TCE (141.2 tras la aprobación del Tratado de Amsterdam), considera retribución todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea de modo indirecto, por el empresario en razón de su trabajo.

La posibilidad de calificar como salario atribuciones patrimoniales que deriven de modo mediato de la existencia de una relación de trabajo dota de un nuevo protagonismo a la noción de «prestación de servicios profesionales», lo cual permite defender que el salario retribuye la prestación efectiva de los servicios del trabajador pero también puede retribuir elementos y factores que influyen en el desarrollo de dicha prestación de servicios. Es una consecuencia lógica del carácter polifuncional que la doctrina otorga al salario, según la cual las percepciones salariales retribuyen efectivamente el trabajo, pero también se anudan a factores de productividad o rentabilidad empresarial ⁶⁵.

Ahora bien, la doctrina viene considerando que para otorgar la categoría de salario a las atribuciones patrimoniales que perciba el trabajador es necesario constatar que la ventaja patrimonial reconocida no mantenga un vínculo de mera ocasionalidad con la relación de trabajo, es decir, que la razón que motiva su otorgamiento esté totalmente desvinculada de la relación de trabajo y sólo o principalmente conecte con circunstancias extrínsecas a la relación y a la prestación laboral y atinentes a la persona destinataria de la misma ⁶⁶.

En el caso de las *stock options*, la vinculación existente entre la atribución patrimonial que se produce y la prestación de servicios profesionales se considera que existe, dado que la concesión de las mismas se hace depender de la concurrencia de una serie de circunstancias vinculadas a la prestación de servicios que lleva a cabo el trabajador en virtud de la formalización de un contrato de trabajo, tales como el reconocimiento de los planes de opciones sobre acciones durante la vigencia del contrato, la exigencia de una permanencia en la empresa a partir de la adhesión al plan de opciones sobre acciones, que la oferta de estos planes se realice a trabajadores que cuentan con una determinada antigüedad en la empresa o el carácter intransmisible que tiene el contrato de adhesión al plan de opciones sobre acciones ⁶⁷.

⁶⁴ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Las enigmáticas *stock options*...», *op. cit.* pág. 4.405 y MORENO GENÉ, J.: «Són les *stock options*...», *op. cit.* pág. 10.

⁶⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica...*, *op. cit.* pág. 465.

⁶⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Las enigmáticas *stock options*...», *op. cit.* pág. 4.406.

⁶⁷ *Ibíd.* En sentido contrario, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.* pág. 64.

Ésta es la postura que mantiene el Tribunal Supremo, el cual entiende que el establecimiento de planes de opciones sobre acciones produce un doble efecto para la empleadora: por un lado, permite fidelizar al trabajador, vinculándolo para que no trate de encontrar un empleo en otra empresa distinta, pero también se puede alcanzar, por otro lado, el objetivo perfectamente valorable de no tener que contratar nuevos empleados si se marchan los experimentados, con el coste de formación y falta de productividad inicial que normalmente seguiría a las nuevas contrataciones. Correlativamente, el trabajador, antes de ser contratado, puede analizar las ventajas retributivas que le proporcionarán las opciones sobre acciones si permanece en la empresa hasta, al menos, el momento en que pueda hacer efectivo su derecho, y después verá normalmente cumplidas sus aspiraciones de obtener una cantidad de dinero, si opta por la modalidad de compra y venta inmediata de las acciones, o bien de incluir en su patrimonio el número fijado de acciones de la empresa, que en cualquier momento podrá transformar en dinero si lo desea, mediante su venta en bolsa. De acuerdo con todo lo expuesto, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la vinculación entre la actividad laboral del empleado, su esfuerzo y dedicación y la obtención de un beneficio económico valorable derivado del ejercicio de la opción, se muestra evidente y configura el concepto legal del salario al ser una percepción económica que se recibe precisamente a causa o consecuencia de la actividad laboral desarrollada ⁶⁸.

4.3. El empresario como sujeto obligado al pago del salario.

Una consecuencia jurídica que se deriva del carácter sinalagmático del contrato de trabajo es que únicamente el empresario es el sujeto obligado al pago del salario como contraprestación de los servicios profesionales prestados por el trabajador. Esta obligación, sin embargo, queda cuestionada por la dinámica ordinaria de los planes de opciones sobre acciones, y ello en dos supuestos diferentes: en primer lugar, porque puede parecer que el beneficio que obtenga el trabajador de la venta de las acciones no procede del empresario sino del mercado financiero, ajeno en cualquier caso al empresario y, en segundo lugar, porque en muchas ocasiones las acciones ofertadas ni tan sólo corresponden a la propia empresa, sino a otra empresa perteneciente al mismo grupo de empresas.

Por lo que respecta a la primera cuestión planteada, hemos de recordar que la duda que se suscita deriva de un dato nada desdeñable como es que, una vez que el empresario realiza la oferta del plan de opciones sobre acciones y el trabajador se adhieren a dicho plan, el empresario parece desentenderse totalmente de las consecuencias derivadas del ejercicio de la opción de compra que en su caso haga el trabajador. De esta forma, el beneficio que obtiene el trabajador de la compra y posterior venta de las acciones se produce, por un lado, del incremento del precio de la acción ofertada por la empresa que se producirá en el mercado bursátil y, por otro lado, de la compra por un tercero al precio de mercado de la correspondiente acción, por lo que parece que el sujeto de quien recibe el beneficio el trabajador es de este un tercer sujeto que es el que compra la acción por el precio que marca el mercado.

⁶⁸ STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Séptimo. Párrafos quinto, sexto y séptimo.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en el momento en que el trabajador ejercita ese derecho de opción de compra, la empresa está obligada a transmitir las acciones al precio pactado en su momento, de modo que, si ese valor es inferior al precio de mercado, la empresa deja de ingresar la diferencia existente entre ambos valores. Es decir, en este supuesto el beneficio obtenido por el trabajador con la compra y sucesiva venta de las acciones en el mercado lo paga el empresario, puesto que el beneficio del trabajador coincide con el coste de oportunidad que la empresa pierde al concederle las acciones al empleado ⁶⁹.

Por lo que respecta a la segunda cuestión planteada, hay que señalar que la posibilidad de que las acciones ofertadas no sean de la empresa para la cual presta sus servicios el trabajador, sino de otra perteneciente al mismo grupo de empresas, puede llevar a configurar al empresario como un simple mediador en la obtención de unas ganancias económicas por parte del trabajador. Sin embargo, la configuración de la oferta de acciones a partir de un sujeto perteneciente al mismo grupo de empresas que el empresario ofertante no debe suponer un obstáculo para la configuración de las *stock options* como percepción salarial, ya que en este caso en último término el beneficio que obtiene el trabajador lo recibe en atención a su participación en el proceso productivo de una empresa que no es absolutamente independiente de la oferente de opciones ⁷⁰.

Debe recordarse que la configuración jurídica de los grupos de empresa parte de la presencia de dos elementos aparentemente contradictorios, es decir, la presencia de una pluralidad subjetiva, pero al mismo tiempo, la constatación de una unidad económica, que, en cualquier caso, no conlleva una unificación en el plano jurídico. La unidad económica exige una cohesión o relación íntima entre las diversas entidades empresariales integrantes del grupo de empresas en lo relativo al desarrollo de la actividad empresarial, de modo que, pese a la independencia de cada una de las entidades integrantes en el grupo, todas actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa ⁷¹.

4.4. La aleatoriedad de las opciones sobre acciones.

Otro elemento que de manera reiterada se alega para defender el carácter extrasalarial de los planes de opciones sobre acciones es la falta de concreción de los beneficios que se derivarán del ejercicio del derecho de opción que tendrán los trabajadores pasado el correspondiente período de carencia. Dicha concreción queda en manos del mercado bursátil y, por tanto, en primer lugar, no está determinada la ganancia a percibir y, en segundo lugar, es perfectamente posible que en el momento de ejercitar la opción de compra el valor de las acciones no comporte ningún beneficio

⁶⁹ DEL REY GUANTER, S. y BONILLA BLASCO, J.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 653.

⁷⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Las enigmáticas *stock options*...», *op. cit.* pág. 4.408.

⁷¹ MORENO GENÉ, J.: *Delimitación del empresario y de las responsabilidades empresariales en las empresas filiales*. Tesis Doctoral. Lleida, 2001, pág. 91.

para el trabajador, lo cual supone incorporar al contrato de trabajo un factor de riesgo que se entiende resulta incompatible con uno de los presupuestos sustantivos que identifican al objeto del Derecho del Trabajo, como es el presupuesto de la ajenidad ⁷².

De acuerdo con la teoría de la ajenidad en los riesgos, «la obligación de trabajo implica el ejercicio de una actividad, cuyo resultado material y económico se traspasa inmediatamente, a cambio de un salario, al empresario o patrono, con sus resultados favorables o adversos, que en principio no afectan al trabajador (...)» ⁷³, por lo que las opciones sobre acciones no pueden identificarse con la idea tradicional de ajenidad que acompaña al contrato de trabajo dada la variabilidad o aleatoriedad de la cuantificación del beneficio a obtener, que puede alcanzar incluso a su propia existencia.

De todas formas, tal y como apunta la doctrina, pese a que el riesgo es un elemento de la ajenidad, no por ello debe caerse en el error de confundir la ajenidad en el riesgo con la ajenidad laboral ⁷⁴. El trabajador por cuenta ajena corre ciertos riesgos que no son una manifestación excepcional o patológica del contrato, sino que derivan de su carácter oneroso y recíproco, como ocurre en los casos en que resulta imposible el pago de los salarios por imperativo del mercado o como consecuencia de una deficiente organización empresarial, o cuando se aplica la cláusula de descuelgue salarial o en el caso de que la excesiva onerosidad de las condiciones salariales permite la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ⁷⁵.

Por otra parte, y siempre partiendo del respeto a la exigencia prevista en el artículo 1.1 ET, no debemos olvidar que la aleatoriedad no es un elemento que resulte totalmente extraño a las retribuciones que tradicionalmente tienen reconocida una naturaleza salarial ya que, por ejemplo, es bastante frecuente que a través de normas convencionales se fije la percepción de ciertas cuantías salariales en base a conceptos tales como los beneficios obtenidos por la empresa a lo largo del año, como sería el caso de los «bonus» ⁷⁶. De hecho, el artículo 26.3 ET al hacer mención a la estructura salarial y más concretamente los complementos salariales acoge la posibilidad de establecer complementos salariales en función de los resultados o de la situación de la empresa ⁷⁷.

⁷² NAVARRO, J.J.: «Las opciones sobre acciones. *Stock Options*». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. (Legislación, Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 226/2002, pág. 216.; MORADILLOS LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 149; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.* pág. 66; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: «Sobre la naturaleza de las opciones...», *op. cit.* pág. 39; ZARZA, R.: «*Sotck Options*...», *op. cit.* pág. 83 y PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas de incorporación...», *op. cit.* pág. 23.

⁷³ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1977-78. Edición revisada y puesta al día por F. VALDÉS DAL-RÉ, págs. 16 y ss.

⁷⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Configuración jurídica...*, *op. cit.* págs. 312 y 313.

⁷⁵ *Ibid.*, págs. 313 y 314.

⁷⁶ Un estudio reciente sobre la naturaleza salarial de los bonus se encuentra en RODRÍGUEZ RÁVENA, P.: «La retribución variable, incentivos o bonus: un debate sin resolver por la jurisprudencia». *Relaciones Laborales*, núm. 21/2001, págs. 39 a 44.

⁷⁷ DEL REY GUANTER, S. y BONILLA BLASCO, J.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* págs. 649 y 650.

Los defensores de la naturaleza salarial de las *stock options* consideran que la eventual depreciación del valor económico de las acciones no puede utilizarse como argumento para negar su carácter salarial porque la atribución patrimonial ya se produjo al aplicar un precio inferior al de mercado ⁷⁸.

Además, la utilización de esta fórmula retributiva se ajusta perfectamente al margen de libertad al que se hace mención en la Recomendación 92/443/CEE del Consejo de 27 de julio de 1997, en virtud del cual se permite el establecimiento de retribuciones aleatorias o discrecionales de la empresa, dentro del conglomerado de sistemas retributivos que afloran cada día más, aunque siempre con la garantía del cobro por parte del trabajador de un salario mínimo que cubra un nivel aceptable de estabilidad en los ingresos y en los riesgos que asume ⁷⁹.

Estos argumentos favorables a la consideración salarial de las *stock options* han merecido ciertas matizaciones por parte de un sector doctrinal en relación a la identidad a la que se pretende llegar entre las opciones sobre acciones y los bonus o complementos salariales vinculados a los resultados económicos o beneficios de la empresa.

A este respecto, en primer lugar, se considera que la identidad entre complemento/paga de beneficios y las *stock options* es inaceptable dado que la práctica demuestra que tal complemento salarial se ha convertido en una partida retributiva fija, independiente de los beneficios obtenidos por la empresa ⁸⁰ y, en segundo lugar, es imposible equiparar a las *stock options* con un complemento salarial basado en los beneficios de la empresa porque el beneficio obtenido de un plan de opciones sobre acciones no se basa en la gestión o los servicios prestados por los empleados en la empresa, sino que se basa en la situación del mercado bursátil, el cual depende de hechos absolutamente ajenos al buen funcionamiento o la buena gestión que se realice de una empresa, influidos por la economía y la política mundial ⁸¹, lo cual puede llevar a resultados paradójicos como que empresas con pérdidas puedan obtener importantes incrementos de cotización, por las expectativas creadas, y que empresas bien gestionadas y que obtienen beneficios cuenten con cotizaciones bursátiles bajísimas ⁸².

No podemos compartir las consideraciones que han sido apuntadas en el párrafo anterior ya que no creemos que el hecho de que la práctica comercial haya podido desnaturalizar los complementos salariales de participación en beneficios sea un elemento capaz de negar la posibilidad de que en algún momento y en esa misma práctica comercial se opte por el establecimiento de verdaderas atribuciones patrimoniales que respondan a la finalidad prevista en el artículo 26.3 ET para estos complementos salariales. Asimismo, somos de la opinión de que la consideración de las *stock options*

⁷⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Las enigmáticas *stock options*...», *op. cit.* pág. 407.

⁷⁹ CORDERO SAAVEDRA, L.: «Los sistemas retributivos variables...», *op. cit.* págs. 25 y 26.

⁸⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.* pág. 66.

⁸¹ ZARZA, R.: «Stock options...», *op. cit.* pág. 82.

⁸² *Vid.*, HUERTAS VIESCA, M.I.; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y VILLIERS, C.: «Una reflexión sobre el *stock options* plan...», *op. cit.* págs. 1.466 y 1.467 y notas 44 y 45.

no reflejan en absoluto el buen funcionamiento de las empresas y la participación de los trabajadores en la consecución de ese objetivo está sumamente influenciado por los acontecimientos que están afectando en estos últimos tiempos al mercado bursátil.

Es innegable que en estos momentos se está viviendo una cierta convulsión en el mercado bursátil y que, efectivamente, hemos podido comprobar cómo empresas que carecían de cualquier referente económico previo han obtenido valores en sus acciones difícilmente comprensibles, todos recordamos los casos de empresas pertenecientes al mercado tecnológico que vieron cómo sus acciones alcanzaban valores económicos altísimos cuando prácticamente iniciaban su actividad productiva. Ahora bien, algunas de estas disfunciones pueden solventarse a partir del establecimiento de períodos de carencia que tengan una mayor prolongación en el tiempo; de hecho, los supuestos que han sido objeto de análisis por nuestros Tribunales ya prevén una duración de tres y más años⁸³; por otra parte, en los planes de opciones de algunas empresas se empiezan a introducir criterios de valoración del incremento del valor de las acciones dirigidos a adecuar las disfunciones que hayan podido producirse en el mercado bursátil⁸⁴.

4.5. La irrenunciabilidad del salario y el derecho de opción de compra de las acciones.

De acuerdo con la dinámica ordinaria de un plan de opciones sobre acciones, una vez realizada la adhesión al plan, el trabajador, pasado el período de carencia correspondiente, tendrá un margen temporal para decidir si compra o no las acciones pactadas en el contrato de opción, pudiendo el trabajador, si el valor de dichas acciones es inferior al fijado en el plan, no ejercitar el derecho de opción.

El no ejercicio del derecho de compra de las acciones por parte del trabajador ha sido considerado tanto por parte de la jurisprudencia, como por parte de un sector doctrinal, un elemento que choca frontalmente con el carácter irrenunciable que tiene el salario para el trabajador, carácter que se extiende también a su cuantía. En este sentido se afirma que las opciones sobre acciones se ofertan por el empleador al trabajador, pero no se impone por parte de éste su adquisición, de tal forma que, de acogerse al plan, lo que el trabajador ostenta realmente es un derecho con expectativas de

⁸³ Por ejemplo, en el supuesto analizado en la STSJ de Castilla y León (Valladolid), el plan de opciones se oferta el 2 de octubre de 1997 y el plazo para el ejercicio del derecho de opción no se inicia hasta el 1 de noviembre de 2000.

No obstante, hay que señalar que este indicador temporal de tres años ha sido considerado muy limitado y, por tanto, insuficiente para que se puedan reflejar verdaderamente el trabajo y los resultados de la empresa. *Vid.*, en este sentido, Voto Particular de la STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Primero. Párrafo séptimo.

⁸⁴ Uno de estos indicadores es el criterio EVA (valor añadido económico); de esta forma el precio al que el empleado puede comprar la acción al cabo del plazo preestablecido es el precio actual más el rendimiento de la inversión alternativa de ese dinero; de esta manera la plusvalía comienza a generarse cuando el resultado de la inversión del accionista es superior a la inversión alternativa, es decir, cuando el negocio genere valor para la sociedad. Otro ejemplo es diseñar planes de opciones sobre acciones vinculando el ejercicio de la opción a la consecución de objetivos empresariales. *Vid.* MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección y gobierno...», *op. cit.* pág. 188.

ganancia, expectativas que dependerán única y exclusivamente del valor de las acciones en el mercado bursátil. Si el salario supone un incremento patrimonial para el trabajador, las opciones sobre acciones no siempre suponen tal incremento ⁸⁵.

Estas argumentaciones han sido rebatidas en algunas resoluciones judiciales, en las que si bien se reconoce que los ingresos derivados de un plan de opciones sobre acciones son renunciables, al quedar su obtención final a la exclusiva voluntad del trabajador, que es el que decide ejercitar o no la opción que se le ha ofrecido, también se recuerda que la nota de irrenunciabilidad del salario no concurre en todas las cantidades de naturaleza salarial que puede percibir el trabajador, incrementando el salario base, como es el caso de los bonus o comisiones que puede obtener el trabajador de la realización de su trabajo, y que dependen única y exclusivamente de su voluntad de dedicarse en mayor o menor medida a la tarea en función de la cual va a obtener tales ingresos. De esta forma, se entiende que, en la medida en que estos ingresos no constituyen mínimos de derecho necesario sino complementos, la renunciabilidad es admisible ⁸⁶.

Algunos autores entienden que este argumento no es aceptable ya que se parte de una premisa falsa, como es la renunciabilidad del salario a comisión o del bonus, y porque se parte de una concepción errónea del principio de irrenunciabilidad. A este respecto se señala que no debe confundirse la variabilidad del salario, un elemento inherente a cualquier forma de retribución de unidad de obra o a comisión, con la irrenunciabilidad del salario, que también se da en estas formas de retribución, puesto que el derecho al salario, aunque sea a comisión o por unidad de obra, una vez generado, deviene también irrenunciable para el trabajador. De esta forma se afirma que una cosa es que el trabajador pueda decidir no trabajar en la medida necesaria para generar los complementos salariales y otra muy distinta es que se pueda renunciar a percibir el bonus o comisiones ya meritadas, facultad que le está totalmente vedada en función de la aplicación del principio de irrenunciabilidad contemplado en el artículo 3.5 ET, según el cual los trabajadores no pueden disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, entre los que se encuentra el derecho previsto en el artículo 4.2 f) que reconoce a los trabajadores a percibir puntualmente la remuneración pactada o legalmente establecida ⁸⁷.

No es ésta, sin embargo, la postura mantenida por el TS en la Sentencia de 24 de octubre de 2001. El Alto Tribunal considera que la posibilidad de que el trabajador decida no ejercitar su derecho de opción en el plazo fijado para ello, de manera que no se haga líquida esa cantidad en la que se valoran las acciones o no incluya en su patrimonio el correspondiente número de acciones, no significa que exista un acto de disponibilidad de derechos equivalentes a una renuncia que prohibiría el artículo 3.5 ET, ya que en dicho precepto lo que se establece es que los trabajadores no pueden disponer válidamente, ni antes ni después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos

⁸⁵ Cfr. SJS de Madrid, de 5 de junio de 2000 (AS 2125). Fundamento de Derecho Quinto. Párrafo segundo. Desde la vertiente doctrinal estos mismos razonamientos son recogidos, entre otros, por MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 149 y PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas...», *op. cit.* pág. 23.

⁸⁶ STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001 (AS 779). Fundamento de Derecho Cuarto.

⁸⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J.: «Sobre la naturaleza...», *op. cit.* pág. 38.

por disposiciones legales de derecho necesario, y las cantidades que se deriven de un plan de opción sobre acciones no se caracterizan por ser derecho necesario. Asimismo, la renuncia implica que el trabajador lleve a cabo una serie de actos para su valoración o su cuantificación, como puede ocurrir con el cobro de comisiones, o con la prestación al cobro o ingreso en cuenta de un talón por medio del que se le abone el salario, su inactividad en modo alguno supone un acto de disposición prohibido por la ley, sino un acto de mera libertad del trabajador. En conclusión, se entiende que la norma lo que trata de impedir es que el trabajador pacte con la empresa la renuncia de sus condiciones de trabajo dentro de las que sean de Derecho necesario, pero no puede impedir que el trabajador decida libremente ejercitar ese derecho o no una vez producidas las condiciones para su ejercicio sin interferencia alguna de la empresa ⁸⁸.

En esta misma línea la doctrina considera que la interrelación entre el carácter opcional de la concesión de opciones sobre acciones y el carácter irrenunciable del salario se produce en el momento de la concesión de la opción si las opciones son transmisibles a terceros, o en el momento del ejercicio si las mismas son transmisibles. Por tanto, los planes de opciones sobre acciones tienen carácter irrenunciable, ya que el trabajador no los puede transmitir a terceros, de manera que el beneficio obtenido por el ejercicio de la opción sólo puede pertenecer al trabajador, es irrenunciable y, por ello, de existir ese beneficio podrá ser considerado como salario ⁸⁹.

La renunciabilidad prevista en el contrato de opción de compra de acciones se ajusta a Derecho, siempre que no se rebase el sueldo mínimo del salario mínimo interprofesional y del salario mínimo de convenio, como tampoco impediría calificar como salario el ahorro financiero obtenido a través de un préstamo a tipo preferencial o sin interés concedido por la empresa ⁹⁰.

4.6. El carácter no cotizable de las *stock options*.

En ese intento por determinar la naturaleza jurídico-laboral de los planes de opciones sobre acciones, la doctrina ha acudido a las normas de cotización para tratar de comprobar el grado de identidad que mantiene dicha fórmula retributiva con otras percepciones que no generan dudas respecto al reconocimiento de su naturaleza salarial.

Ahora bien, no debemos olvidar que el concepto de «salario cotizable» no responde exactamente a los criterios normativos utilizados en el artículo 26.1 ET para determinar aquellas percepciones que son consideradas salario. La falta de identidad se justifica en la autonomía que tiene reconocido el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social respecto al ordenamiento jurídico-privado

⁸⁸ STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Séptimo. Párrafo décimo.

⁸⁹ DEL REY GUANTER, S. y BONILLA BLASCO, J.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 650.

⁹⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Las enigmáticas...», *op. cit.* pág. 4.405. En un mismo sentido, DEL REY GUANTER, S. y BONILLA BLASCO, J.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 650.

de las relaciones laborales ⁹¹, autonomía que se justifica en los distintos fines que tienen las normas que regulan las relaciones laborales y las relaciones de seguridad social. De esta forma, los conceptos retributivos que se tendrán en cuenta a efectos de calcular la cotización de un trabajador no tienen por qué coincidir con las percepciones consideradas como salariales y extrasalariales.

Una prueba de esa falta de acomodación del concepto de salario cotizable y salario laboral y que es de aplicación habitual en la práctica, es el caso de las horas extraordinarias. A efectos laborales, las horas extras tienen reconocida su naturaleza salarial sin que ello genere ningún tipo de duda y, sin embargo, a la hora del cálculo de las bases de cotización sólo se tienen en cuenta a efectos de la base por contingencias profesionales.

Pues bien, de acuerdo con esta disfunción que puede existir a nivel de la normativa laboral y de seguridad social, no podemos estar de acuerdo con un sector doctrinal que aporta como un argumento más para apoyar la tesis de la naturaleza extrasalarial de las *stock options* precisamente la disfunción que existe a este respecto entre la normativa laboral y de seguridad social ⁹².

Por otra parte, si se tuviera en cuenta el dato de la falta de identidad existente entre normativa laboral y de seguridad social en el tratamiento jurídico de las *stock options*, también debería tenerse en cuenta la identidad que, por el contrario, mantienen la normativa laboral y fiscal en relación a esta forma retributiva, ya que la diferencia entre el precio de ejercicio y el precio actual de la cotización de la acción es un rendimiento por el que hay que tributar, ya que, tal y como se señala en la Ley 40/1988, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, las *stock options* quedan incluidas dentro del concepto de rendimientos del trabajo y, por tanto, forman parte de la correspondiente base imponible del trabajador.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Llegados a este punto, correspondería realizar, a continuación, unas valoraciones finales a modo de síntesis o resumen de todo lo dicho en este trabajo. Sin embargo, no es ésta la finalidad que perseguimos en este último apartado del estudio, ya que creemos que a lo largo del mismo ha quedado claramente reflejada nuestra posición favorable a que las *stock options* queden incluidas dentro de la categoría de percepciones salariales ⁹³.

⁹¹ Cfr. SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de noviembre de 1989 (Ar. 7791) y de 30 de diciembre de 1991 (Ar. 9625).

⁹² MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.* pág. 151; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.* pág. 67 y PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas de incorporación...», *op. cit.* págs. 10 y 11.

⁹³ El voto particular de la STS de 24 de octubre de 2001 opina que la opción reconocida al trabajador podría encajar dentro de la donación remuneración del artículo 619 CC.

En este sentido, y siendo conscientes de que se trata de una forma atípica y de contornos confusos, entendemos que se debe tender hacia una interpretación amplia y flexible del salario, es decir, hacia un concepto más economicista del salario. De lo contrario, dadas las tendencias imperantes en el marco de las relaciones de trabajo, si mantenemos una concepción reduccionista y tradicional del salario, corremos el riesgo de dejar fuera cada vez más a un mayor número de fórmulas retributivas de los trabajadores y, consecuentemente, a neutralizar la función tutitiva que han de cumplir las normas laborales.

Partiendo, por tanto, de la premisa de que las *stock options* son salario, en este último apartado del trabajo queremos hacer una breve reflexión sobre algunos de los interrogantes que pueden plantearse, precisamente, al querer aplicar el régimen jurídico de las percepciones salariales a esta forma retributiva. Concretamente, nos referiremos a tres cuestiones que pueden plantearse en esta materia, y que son: a) qué cantidades dentro del plan de opciones han de considerarse salario; b) qué naturaleza cabe otorgarles a dichas percepciones salariales y, c) en el caso de extinción del contrato de trabajo, cuál ha de ser el método de cálculo de dichas percepciones a efectos de la determinación de la indemnización.

Respecto a la primera cuestión, entendemos que sólo cabrá considerar como salario aquellas cantidades que deriven del ejercicio efectivo del derecho de opción que tenía reconocido el trabajador en cuestión. De tal manera que la renuncia o el no ejercicio motivado por la resolución del contrato antes de ejercer dicho derecho o cuando todavía no había finalizado el período de carencia no da lugar a ningún tipo de atribución patrimonial y, consecuentemente, no puede considerarse la existencia de ninguna percepción salarial⁹⁴. Seguimos, así, la postura mantenida por la STS de 24 de octubre de 2001, solución que también había sido apuntada en alguna otra sentencia emitida por los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA⁹⁵.

Siguiendo las valoraciones realizadas por el Tribunal Supremo, cabe destacar que el Alto Tribunal incluye dentro del concepto de salario tanto los beneficios obtenidos por el trabajador en caso de venta de las acciones que previamente ha decidido comprar, como el valor de las mismas en el caso de que decida incluirlas dentro de su patrimonio; por lo tanto, la determinación de la existencia de una retribución salarial en estos casos viene condicionada por el ejercicio del derecho de opción, con independencia del resultado a que lleve dicha opción, ya sea a la liquidación mediante la entrega de acciones o a la obtención de una plusvalía por parte del trabajador como consecuencia de la venta posterior de las acciones reconocidas⁹⁶.

⁹⁴ A este respecto, un sector doctrinal defiende que, en el caso de que la extinción del contrato sea declarada despedido improcedente, el trabajador tiene derecho a mantener su derecho de opción, asimilando esta situación a un supuesto de jubilación u otros establecidos expresamente en el contrato de adhesión al plan de opción sobre acciones en los que se mantiene el derecho de ejercicio de opción aunque no se encuentre en vigor el contrato de trabajo. Vid. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Las enigmáticas...», *op. cit.* pág. 4.410 y TAPIA HERMIDA, A.: «ESOPs (Employee...)», *op. cit.* pág. 215.

⁹⁵ En este sentido, parece manifestarse la STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 1999 (AS 3029). Fundamento de Derecho Cuarto.

⁹⁶ STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Séptimo *in fine*.

Una vez determinadas las cuantías que habrán de considerarse como salario es necesario concretar la naturaleza de dichas percepciones, es decir, determinar si se trata de una percepción en dinero o en especie. La diferencia no es intrascendente, ya que recordemos que el artículo 26 ET fija un valor máximo a los productos en especie y que es el 30% del total del salario que recibe el trabajador ⁹⁷.

Desde nuestro punto de vista entendemos que no es posible incluir a las *stock options* dentro de la categoría de salarios en especie ya que con su otorgamiento no se produce una atribución del uso y disfrute de ningún bien, sino que se trata de la transmisión de un patrimonio cierto y económicamente determinado con valor dinerario concreto, que inmediatamente puede materializar el trabajador, vendiéndolo en bolsa e ingresándolo posteriormente en su patrimonio ⁹⁸. Tal y como señala el Tribunal Supremo, cuando lo que ingresa el trabajador son acciones de la empresa, su posibilidad de venta en bolsa de forma inmediata convierte al devengo también en salario en metálico y no en especie, categoría que se vincula más bien con la utilización, el consumo u obtención con fines particulares de bienes, derechos o servicios proporcionados por la empresa como vivienda, calefacción, electricidad, gastos de escolarización, etcétera ⁹⁹.

Esta interpretación ha sido calificada por algunos autores como novedosa y arriesgada ¹⁰⁰, ya que, si bien no parece existir ningún problema para considerar salario en metálico las cantidades que recibe el trabajador tras la venta de las opciones adquiridas por el ejercicio de su derecho de opción, no ocurre lo mismo cuando nos encontramos ante un supuesto en el que el trabajador decide quedarse con las acciones a las que tenía derecho de acuerdo con el plan de opción de acciones al que en su momento se adhirió. En este caso, se propone partir de una interpretación más amplia, de carácter más financiero, lo cual permitiría aceptar la calificación de las acciones como salario en dinero, ya que la entrega de las acciones constituye un realizable, con liquidez inmediata ¹⁰¹.

Finalmente, dado que consideramos que las opciones sobre acciones tienen carácter salarial, en caso de extinciones que vengan acompañadas de indemnización deberá tenerse en cuenta a efectos de su cálculo ¹⁰², lo cual lleva a preguntarnos cómo debe realizarse el cómputo de esta fórmula retributiva a efectos de articular el cálculo de dicha indemnización.

⁹⁷ Para un estudio sobre este tema, *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El concepto del salario en especie» en AA.VV.: *Estudios sobre el salario*. Ed. ACARL. Madrid, 1993, págs. 393 y ss.

⁹⁸ STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 (AS 779). Fundamento de Derecho Cuarto *in fine*.

⁹⁹ STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Séptimo *in fine*.

¹⁰⁰ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Stock Options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*. Madrid, 2000, págs. 246 y 247, citado por TAPIA HERMIDA, A.: «ESOPs (Employee...)», *op. cit.* pág. 212.

¹⁰¹ TAPIA HERMIDA, A.: «ESOPs (Employee...)», *op. cit.* pág. 212.

¹⁰² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Las enigmáticas...», *op. cit.* pág. 4.409, considera que, aunque las *stock options* se conceptúan como parte de la retribución salarial, no habrán de integrar necesariamente el salario regulador de la indemnización y de los salarios de tramitación, si así se pactase. Ahora bien, tal pacto se vería condicionado al cumplimiento de tres requisitos: a) que la ganancia que supone el ejercicio de la opción no represente para el trabajador un porcentaje significativo de sus ingresos salariales totales; b) que así se convenga expresamente entre trabajador y empresario y c) que no se trate de una concesión empresarial de carácter recurrente.

Las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia hasta el momento han sido dos: una solución consiste en realizar el cálculo de la indemnización teniendo en cuenta la cantidad total a la que asciende el valor de las acciones que han sido objeto de ejercicio en el último año, con independencia de que correspondan a un plazo de tiempo superior ¹⁰³, y una segunda solución será computar únicamente el valor/plusvalía que se ha generado en el último año, de tal forma que el sistema propuesto supone repartir el valor obtenido por el ejercicio del derecho de opción en el período que media desde la oferta hasta la materialización de las opciones ¹⁰⁴.

En relación a esta cuestión, entendemos que la mejor solución sería la segunda, es decir, computar únicamente la parte del valor de las *stock options* devengadas como consecuencia de la prestación de servicios durante el año inmediatamente anterior a la extinción del contrato ¹⁰⁵, ya que este criterio es el que responde con mayor coherencia a la finalidad de este sistema retributivo, que es fidelizar al trabajador y hacerle partícipe de la buena marcha de la empresa en un período de tiempo, de modo que, como la plusvalía responde a los beneficios generados en el transcurso completo de la operación, lo más razonable es que se tenga en cuenta la parte proporcional del beneficio que se ha generado en el último año que el trabajador se encuentra en la empresa, criterio que además es el utilizado en otras percepciones similares como podría ser un complemento de participación de beneficios ¹⁰⁶.

¹⁰³ STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001. Fundamento de Derecho Sexto.

¹⁰⁴ STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Cuarto. *Vid.*, también en un mismo sentido, SJS de Madrid de 8 de junio de 2001 (AS 1666). Fundamento de Derecho Séptimo.

¹⁰⁵ Solución defendida por TAPIA HERMIDA, A.: «ESOPs (*Employee...*)», *op. cit.* pág. 215.

¹⁰⁶ SJS de Madrid de 8 de junio de 2001. Fundamento de Derecho Séptimo *in fine*.