

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense
de Madrid*

Letrado de la Seguridad Social

Extracto:

Las opciones sobre acciones (*stock options*) probablemente constituyan el elemento más característico de la era de la economía financiera y por ende globalizada que se está iniciando. Ciertamente constituyen contratos típicos de los mercados de opciones y futuros financieros (mercados de valores), cuyo *leitmotiv* es la gestión de riesgos, resultando singularmente eficaces como coberturas alternativas al seguro y que llegan allí donde aquella tradicional institución no alcanza.

Pero sin demérito de tan imprescindible y fundamental función en una economía universalizada, al margen de la misma y sin conexión alguna con ella, también se muestran como una forma adelantada de lo que será la distribución del beneficio o remuneración en esta nueva era económica.

Utilizadas inicialmente como un modo de retribuir a los administradores de las sociedades cotizadas, se extiende al *management (executive stock options plans)*, para pasar a constituir una forma de remunerar a los trabajadores ordinarios (*employee stock options plans*).

Como modo de atribución de los beneficios, superadora del salario, generados por las empresas a quienes participan en tales organizaciones, permite llevar a cabo una prospectiva del cambio que la nueva era económica ha de producir en el modo de estructurarse las relaciones jurídicas de quienes participan en el ejercicio de una empresa económica, como otrora lo supuso la dinámica era de la economía industrial (contrato de trabajo) respecto de las economías de *tempo lento* agrícolas medievales (servidumbre, colonato), y éstas de las antiguas y primitivas (esclavitud), que la precedieron.

Sumario:

- I. Introducción.
 1. La implementación originaria de los planes de *stock options* como sistemas retributivos a favor de los administradores sociales.
 2. Su imbricación en el *corporate governance*.
 3. De un modo de remunerar a los administradores sociales gerentes o ejecutivos a un sistema retributivo del trabajo dependiente y por cuenta ajena. Finalidades perseguidas con su implementación a favor de los trabajadores.

- II. La «operación de *stock options*». Su calificación (jurisprudencial) como negocio jurídico complejo y la cuestión del contrato opcional.
 1. La trascendencia del «Plan».
 2. El contrato de opción. Naturaleza jurídica y elementos.
 3. La calificación de la «operación de *stock options*» como negocio jurídico complejo.

- III. A propósito de la causa del negocio jurídico complejo de *stock options*: la finalidad de «primar la propia existencia de una relación laboral fiel», del ahorro de costes y de conseguir la mejora de la cuenta de resultados.

- IV. El carácter esencial del término o plazo en los planes de *stock options*.

- V. Sobre la naturaleza retributiva de las *stock options* dirigidas a los trabajadores.
 1. Su calificación como salario.
 2. La calificación jurisprudencial de las *stock options* como salario en metálico.
 3. La cuestión del valor intrínseco de las dirigidas a los trabajadores (*employee stock options*).
 4. La determinación del valor de las *stock options*.

- VI. La ejecución de los derechos opcionales una vez extinguido el vínculo laboral.

- VII. La cuestión del cómputo de las *stock options* para el cálculo de las indemnizaciones por despido.

I. INTRODUCCIÓN

1. La implementación originaria de los planes de *stock options* como sistemas retributivos a favor de los administradores sociales.

Los planes de acciones sobre acciones (*stock options plans*, ESOPs) se conciben inicialmente como un sistema de remuneración a favor de los administradores sociales de sociedades cotizadas¹. Así se destaca que aquellas sociedades, además de los sistemas de remuneración de los administradores que puedan tener establecidos, deben poder prever que los administradores, todos ellos o aquellos que sean gerentes o ejecutivos, puedan también ser retribuidos mediante la concesión de derechos de opción de compra de las acciones de la misma sociedad o del mismo empresario (empresarios polisocietarios)².

Las opciones sobre acciones o *stock options* (en adelante utilizaremos generalmente la expresión «*stock options*») se muestran como un singular sistema retributivo, como una «moderna forma de remuneración del trabajo»³, adecuado a un sistema financiero globalizado, propio de la «era de las finanzas». La gran variedad de *stock options* y sistemas afines obliga a efectuar una acotación preliminar o previa y que ha de tenerse presente a lo largo de todo este trabajo. Efectivamente tratamos únicamente del tipo básico de planes de *stock options*, esto es, de aquellos que otorgan a los trabajadores que las hayan suscrito el derecho a comprar, en una fecha futura y/o durante un plazo determinado, una cantidad determinada de acciones de la sociedad-empresario o de otra sociedad del grupo (ordinariamente la matriz), conocidos como «*Employee Stock Options Plans*», en abreviatura ESOPs⁴. No obsta a esa circunstancia el hecho de que en la misma fecha de entrega de las acciones el trabajador pueda solicitar su venta, recibiendo entonces el dinero resultante de la enajenación y no las acciones mismas⁵.

Ha de repararse en los cambios que en las últimas décadas del siglo XX y en el comienzo del siglo XXI han determinado el predominio de la «economía financiera» sobre la «economía industrial»⁶, suponiendo un cambio de modelo económico y social, que inevitablemente está llamado a

tener reflejo en el Derecho, tanto porque el fenómeno, en sí mismo considerado, que produce la aparición de nuevas instituciones jurídicas, sometiéndolo, en todo caso, a una intensa reelaboración de las ya existentes ⁷, como porque el cambio de la «era industrial» a la «era de las finanzas» ⁸, trae consigo otro fenómeno no menos importante para el Derecho en general, que consiste en la «globalización» o «universalización» de la economía, fenómeno novedoso, al menos por su intensidad y grado de realización, bien que en todas las civilizaciones haya estado presente el paradigma de lo universal ⁹.

Cabe afirmar que las *stock options* son un sistema retributivo, pues el propósito de captación de ahorro mediante *stock options*, cuando sus destinatarios son los administradores sociales puede considerarse eventual y cuando sus destinatarios son los trabajadores, meramente marginal. Abunda en su carácter remunerativo la circunstancia de que en la generación de los beneficios (diferencial por el incremento del valor de las acciones) interviene normalmente, salvo excepciones puntuales, la dedicación de los administradores y de los trabajadores, los primeros porque son los que se cuidan del «desarrollo de los actos en los que se concreta la gestión de la empresa que constituye el objeto social» ¹⁰ (competencia típica de los administradores que se concreta en la gestión ordinaria sociedad) y los segundos porque desarrollando un trabajo con existencia real, humano, productivo, libre, por cuenta ajena, remunerado y dependiente, materializan la actividad de empresa. Además no puede obviarse que el Administrador social, en la medida en que presta sus servicios para la sociedad como administrador gestor o ejecutivo, es un trabajador por cuenta ajena ¹¹, por lo que también desde esa perspectiva integral contribuye a la generación de los beneficios. En definitiva que aquel beneficio no se genera exclusivamente por la actividad de terceros.

Si bien el estudio de las *stock options* desde un enfoque estrictamente remunerativo ha de considerarse válido (dicha característica constituye su aspecto más destacado, especialmente cuando se dirigen a los trabajadores), éste no debe ser el único desde el que contemplar estos nuevos sistemas remunerativos, de los que pueden significarse otras funciones diferentes a la netamente retributiva, sin duda importantes, y que interfieren con aquélla, se dirijan a los administradores, a trabajadores que conforman parte del *management* (directivos) o a los trabajadores ordinarios, si bien no todas aquellas interferencias están siempre presentes o la intensidad en que se manifiestan en unos y otros supuestos son muy diferentes.

2. Su imbricación en el *corporate governance*.

La finalidad, cabalmente principal, que se persigue con la implantación de los «*stock options plans*» se concreta en la maximización del valor ¹² de la sociedad ¹³ y se ha venido contraponiendo al deseo de los administradores sociales (de tales únicamente en un principio, más tarde de todo el conjunto difuso de los *managers*) de obtener la mayor prestación patrimonial de la sociedad-empresario.

Ese conflicto entre maximización del valor de la sociedad-empresa para sus propietarios y la obtención de la mayor contraprestación posible de la sociedad-empresario, en cuanto que pretendidos ambos por los mismos sujetos, determinó que surgieran importantes abusos en la implementación de tales sistemas o «esquemas» retributivos, con el resultado de la obtención de ingentes bene-

ficios por los *managers* (sus auténticos grandes beneficiarios), en detrimento de la finalidad inicialmente perseguida con su establecimiento de incrementar el valor de la sociedad-empresa para los accionistas, planteándose la problemática del *agency cost*, inicialmente en las sociedades cotizadas estadounidenses a mediados de los años setenta, bien que los principios y códigos de buen gobierno no se generalizasen hasta la década de los noventa ¹⁴. Precisamente en esa misma década se procuró el impulso definitivo a la reforma del *corporate governance* en Europa, con las Comisiones Cadbury, Greenbury y Hampel, cuyas conclusiones se aplican acudiéndose a la autorregulación, al basarse en la adhesión (decisión de la sociedad mediando los administradores) al resultado práctico de las mismas (*Code of Best Practice*).

En 1992 la Comisión Cadbury (en cuya creación fue decisiva la intervención del *London Stock Exchange* y el *Financial Reporting Council*) hace público su *Report of Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance*, conocido como *Cadbury Report*, además de un *Code of Best Practice*, en el que propone y mediante el que se instrumenta el control y la vigilancia sobre el «aparato magnerialista». En una cierta «comitología» tan del gusto anglosajón, en 1995 la *Confederation of British Industry*, aprueba la creación de otra comisión en cierta rivalidad con la anteriormente citada. Esta última comisión, que fue presidida por Sir Richard Greenbury, publica un informe (*Greenbury Report*) en ese mismo año proponiendo una completa transparencia sobre las retribuciones de los *managers* (*Director's remuneration*). En las mismas fechas los proponentes de la Comisión Cadbury establecen una nueva Comisión presidida por Sir Ronald Hampel a la que se encarga la revisión de los *Codes of Best Practice*, elaborados por las anteriores comisiones y, en 1998 aquella Comisión publica el *Final Report* estableciendo una serie de principios (*Hampel Report*) para el más eficaz *corporate governance*, que se refunden en *The Combined Code: Principles of Good Governance and Code of Best Practice* elaborado por el *Committee on corporate governance* de la Bolsa de Londres, y convertido en un apéndice a las reglas de cotización en aquel mercado (*listing rules*), cuya primera parte la constituyen los *Principles of Good Governance* y la segunda, el más concreto *Code of Best Practice*.

Según los informes de las Comisiones Greenbury y Hampel existe una íntima relación entre la remuneración y el rendimiento de los *managers*, por lo que proponen que la política de remuneración de los administradores de las sociedades cotizadas debe estructurarse de tal modo que: a) los *managers* persigan el interés social, buscando la máxima rentabilidad para la sociedad, incrementando en definitiva el valor de la sociedad, y, b) proponiendo que una parte significativa de la remuneración de los mismos se haga depender de los resultados de la gestión empresarial. Modelo de remuneración que va a exigir la coincidencia entre riesgos e intereses de los *managers* y de los accionistas, de tal modo que la actuación de los primeros se ajuste a los intereses de los segundos, lo que únicamente se logrará se dice, si el *manager* soporta los mismos riesgos y tiene las mismas oportunidades de ganancia que un accionista normal.

El régimen del *corporate governance* inglés ha tenido una gran influencia en el resto de los sistemas jurídicos, y así la generalidad de la problemática del *agency cost*. Así se pueden citar los informes de la Comisión Viennot de 1995 (*Le Conseil d'Administration des Sociétés Cotées*) y 1999 (*Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise*) en Francia. En Alemania en el 2000 se publica el *Die Corporate Governance-Gundsätze («Code of Best Practice») für börsennotierte*

Gesellschaften, y el *German Code of Corporate Governance* y en el 2002 el *Deutscher Corporate Governance Kodex*, conocido como Código Cromme, la actividad deservuelta por la *Ontario Securities* Comisión así como la *Canadian Business Corporation Act*. En Italia la *Raccomandazioni in materia di controlli societari* y el *Rapporto sulla società aperta*, ambos publicados en en 1997, y en 1999 el *Rapporto e codice di Autodisciplina*, elaborado por el *Comitato per Corporate Governance delle Società Quotate* bajo al presidencia de Stefano Preda. En Portugal las *Reomendacoes da CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas* y las Recomendaciones para el buen funcionamiento del Consejo de Administración de una sociedad, de la Federación de empresas de Bélgica.

En el ámbito supranacional europeo cabe citar los *Principles of Corporate Governance* de la OCDE, los *Principles an Recommendatons* elaborados por la *European Asociation of Securities Dealers* (EASD), los *Corporate Governance Guidelines 2000* y últimamente, ya en el ámbito institucional de la Unión Europea, el *Report of the Hig Level Gropu of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework For Company Law in Europe*, conocido como Informe Winter. En España ha de hacerse referencia al *Informe sobre el Consejo de Administración y Código de Buen Gobierno* en 1998, generalmente conocidos como Informe Olivencia, y el *Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas*, de 2003, generalmente conocido como Informe Aldama. Aquellos informes y código españoles fueron elaborados a semejanza de los anglosajones, si bien al menos en el primero de ellos «el ingrediente nacional constituye un elemento constante. De ahí que carezcan de cualquier base objeciones como la tan repetida como infundada de que el Informe Olivencia o «Cadbury español» no pasa de ser «una traducción del Cadbury al español»¹⁵.

Deteniéndonos únicamente en el tema remunerativo ha de destacarse que el Informe Olivencia comienza por señalar que «la retribución de los consejeros representa un tema de capital importancia en el buen gobierno de la compañía», acusando su «larga tradición de opacidad»¹⁶. Concluyendo que «deben **favorecerse las modalidades que vinculen una parte significativa de las retribuciones de los consejeros, especialmente de los consejeros ejecutivos, a los resultados de la empresa, puesto que de esta manera se alinean mejor los incentivos de los consejeros con los intereses de los accionistas que se tratan de maximizar**», refiriendo diferentes modalidades retributivas tales como «**opciones de compra** o de venta **sobre acciones**»¹⁷. Entre los temas propios del «buen gobierno» destaca que, de entre las diversas Comisiones delegadas, asume singular relieve la necesidad de la existencia de una Comisión de Retribuciones cuya función consista en «auxiliar al Consejo en la determinación y supervisión de la política de remuneración de los consejeros y altos directivos de la sociedad». En el Informe Aldama, que se basa en los deberes de información, profesionalidad y eficacia, dedicación y lealtad de los administradores, se indica que las remuneraciones consistentes en opciones sobre acciones o referenciadas al valor de la acción, deberían limitarse a los consejeros gerentes o ejecutivos, incluyéndose en el coste total de la alta dirección, con su desglose preciso.

La CNMV elaboró, siguiendo las orientaciones marcadas por aquel Informe y Código, un «Modelo de Reglamento Tipo del Consejo de Administración», ajustado al Código de Buen Gobierno pero que «es independiente de la información recomendada por el Código».

3. De un modo de remunerar a los administradores sociales gerentes o ejecutivos a un sistema retributivo del trabajo dependiente por cuenta ajena. Finalidades perseguidas con su implementación a favor de los trabajadores.

Con la implementación de planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores cada sociedad-empendedor persigue básicamente una finalidad determinada, singular. No obstante es posible deducir del análisis de cada uno de los posibles fines concretos un elemento común, constitutivo del sustrato básico subyacente o finalidad última perseguida por una sociedad-empendedor a través de la implementación de un plan de *stock options*, y que consiste en la maximización del valor de la empresa mediante la implicación de quienes trabajan ¹⁸ para la empresa que constituye el objeto social.

Las *stock options* no suponen el renacimiento del «accionariado obrero», caído en desuso y mediante el cual se pretendía reformar la estructura de la empresa capitalista, sino que mediante aquéllas la sociedad procura la maximización de su propio valor a través de la implicación del personal en la marcha de la empresa que constituye su objeto social, porque, se dice, «el sentimiento de "estar en el mismo barco" puede verse reforzado por la propiedad (presente o futura) del capital social, circunstancia que, previsiblemente, elevará el nivel de esfuerzo» de los trabajadores ¹⁹. Efectos incentivadores de la productividad de los trabajadores, que no han dejado de ser objeto de acerbadas críticas, tanto porque el porcentaje de acciones que puede corresponder a cada trabajador resultará a la postre minúsculo, como porque serán muy pocos los trabajadores cuyo esfuerzo pueda influir en la mejora de los resultados empresariales.

Del «incremento de valor de la empresa» se pueden separar otras finalidades ²⁰ que, de ordinario, también se pretenden alcanzar con la implementación de los planes de *stock options*. Finalidades calificadas, en ocasiones, de intermedias o accesorias al objetivo último anteriormente descrito. Entre ellas cabe destacar:

- a) La «fidelización» ²¹ de los trabajadores, esto es, procurar mediante la implementación de esquemas retributivos alternativos en la empresa la permanencia o vinculación a la misma bien de todos o la mayoría de los trabajadores o, al menos, de aquellos que ocupan puestos clave (*key employees*) en razón de la expectativa de percibir una remuneración extraordinaria que podrá incluso superar el importe total de su salario ordinario anual.
- b) Al alineamiento de intereses entre los directivos y los accionistas, se suma la del alineamiento entre los intereses de los trabajadores, en cuanto accionistas, con la sociedad, a consecuencia del ejercicio por su parte de las *stock options*.
- c) La búsqueda de la paz social en la empresa, al considerar que los trabajadores, por su condición de futuros accionistas, son más proclives a la misma.
- d) Si la fidelización de los directivos y de los trabajadores a la empresa ²² constituye el *leitmotiv* de la implementación de los planes de las *stock options* ²³, la búsqueda de un coste de capital adecuado mediante la colocación entre los propios trabajadores de una ampliación de capital puede tomarse en consideración por los propietarios del capital, incluso eventualmente lograr una estructura de capital más adecuada al objeto social.

- e) «Hacer de los trabajadores un grupo más dispuesto a aceptar los cambios organizativos, más flexible ante las modificaciones que supongan una reducción de mano de obra y más inclinado a sugerir mejoras en las operaciones»²⁴.
- f) También se asignan a las *stock options* finalidades ajenas a la mejora de la productividad, así el poder instrumentar más fácilmente, señaladamente mediante modificaciones de los *by-laws*, medidas de defensa del grupo de control frente a OPAS hostiles o, simplemente, el contar con un grupo de acciones en «manos amigas» más proclives al continuismo que a cambios en la dirección societaria y empresarial, incluso se les han atribuido finalidades fiscales (ISOs).

La implementación de un plan de *stocks options*, que como sistema retributivo podría ubicarse bajo la genérica denominación de participación en beneficios²⁵ o en el valor de la empresa²⁶, supone, para los trabajadores que las perciben, obtener una atribución patrimonial y para la sociedad que la establece «lograr un incremento del valor de la empresa y, en consecuencia, una mayor consolidación de la sociedad en el mercado»²⁷.

La divergencia de intereses no puede considerarse fundamental ni necesariamente fatal, pues, en definitiva, dado que la remuneración consiste en la entrega de acciones o se establece en función del valor de las mismas, la finalidad última de estos sistemas retributivos es maximizar el valor de la sociedad-empresa para sus accionistas (noción polisémica, más económica que jurídica, pero que, con general aceptación, constituye una reformulación del «interés social»²⁸), y para cualesquiera otras personas que pudieran estar interesadas en la actividad de empresa que desenvuelve la sociedad («*stakeholders*»)²⁹.

Circunstancias que no obstan a que la bondad de estos sistemas retributivos haya sido objeto de consideraciones contrapuestas. Así, en una determinada valoración se alude a «la conveniencia de que los administradores y los altos directivos de las sociedades participen en el capital de la empresa en que trabajan»³⁰, porque «no se conoce mejor fórmula para transmitir al mercado confianza en la compañía y en todo el equipo gestor que apostar con el patrimonio personal por la buena marcha»³¹. En otra, muy distinta, se ha puesto de manifiesto que mediante los citados sistemas remunerativos los directivos pasaron «a manipular el sistema para conseguir ganancias a corto plazo»³². Esto es, que a causa de las *stock options* suscritas «los rectores de las empresas pasaron a interesarse a toda costa en producir resultados que hincharan la cotización bursátil, de modo que ellos capitalizaran de forma multimillonaria sus cuentas corrientes. De ahí la contabilidad agresiva»³³.

Precisamente, de los diferentes niveles de información utilizados por el mercado para la valoración de las acciones, la situación de la empresa ha sido la que más interferencias y desviaciones irracionales ha sufrido, debido a las manipulaciones del *management*, con la consecuencia de inevitables conflictos entre accionistas, directivos y trabajadores que surgen «porque la separación entre propiedad y control y la posible dispersión de la propiedad, así como la asimetría de información entre los diversos agentes, dificulta el control de las decisiones directivas y facilita la discrecionalidad en la persecución de objetivos diferentes a la creación de valor de la empresa»³⁴.

Cuando la sociedad decide implantar un plan de *stock options*, la principal finalidad perseguida dependerá, esencialmente, de a quiénes se dirija y, desde luego, de su contenido concreto. En consecuencia, el propósito perseguido muy probablemente diferirá cuando el plan se dirija a los componentes del *management* y cuando se dirija a trabajadores ordinarios.

Ciertamente, las *stock options* van dirigidas a un colectivo determinado de individuos, que constituyen un subconjunto del definido por la pertenencia a una determinada organización empresarial y el desarrollo en la misma de un «trabajo por cuenta ajena». Ya porque estén obligados, en cuanto que administradores sociales³⁵, al «desarrollo de los actos en que se concreta la gestión de la empresa que constituye el objeto social»³⁶, bien porque ejercen tal actividad de empresa al hallarse vinculados al empresario mediante una relación laboral (contrato de trabajo) cuya característica se ubica en la nota de «dependencia», que se manifiesta en el desarrollo de la prestación del trabajo «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario», y que se transmuta en «paradependencia» cuando de Personal de Alta Dirección se trata, al desarrollar su actividad «con autonomía y plena responsabilidad».

En cualquiera de los supuestos anteriormente enumerados se produce una circunstancia común: la atribución originaria de los resultados del trabajo a otro sujeto distinto de quien lo produce³⁷. Por más que quepa distinguir la implementación de planes de *stock options* para los administradores que lleven a efecto la actuación gestora³⁸ y otros altos directivos de las que se dirigen a los demás trabajadores, e incluso dentro de los primeros es conveniente diferenciar entre los dirigidos a los administradores gerentes o ejecutivos, los que tienen por beneficiarios a los directores generales y «asimilados» (*management* especialmente cualificado), y los que se dirigen al personal directivo (*management* ordinario), aquellos que tienen por destinatarios a ejecutivos que ocupan otros puestos de relieve en la estructura empresarial, pero que no participan en funciones directivas *stricto sensu*³⁹.

Obviando la referencia de aquellos planes dirigidos a los administradores sociales, el plan o programa de *stock options* que incluya a «directores generales y asimilados» se incardina en la problemática del *corporate governance*⁴⁰, con las cuestiones centrales atinentes a la política retributiva de aquellos *managers*.

Cuando los «planes» o «programas» de *stock options* (ESOPs) se dirigen a los trabajadores ordinarios no se cuestiona el buen gobierno de la corporación y consecuentemente quedan fuera de la problemática que afecta al *corporate governance*, refiriéndose únicamente a la participación de aquéllos en los beneficios y en el valor de la empresa. Los programas destinados a directivos «no altos» se ubican en una situación intermedia, pues pudiendo ocasionalmente participar de la problemática del *agency cost*, normalmente no la alcanzan y se limitan a constituir sistemas de participación en el valor y beneficios empresariales.

Cuando las *stock options* se ofrecen a la «alta dirección empresarial» (Personal de Alta Dirección, en sentido estricto, con vínculo laboral), como la maximización del valor de las acciones adquiere para sus titulares una singular intensidad y con esa finalidad se establece, define, ordena, planifica

y programa tal complemento retributivo, su mera existencia determina y obliga a su incardinación en el complejo de reglas e instrumentos de dirección y control de las sociedades cotizadas, que constituyen el *corporate governance* ⁴¹.

En conclusión, cabe afirmar que, en la medida en que las *stock options* se dirijan a empleados vinculados mediante un contrato de trabajo común u ordinario, que no ejerzan puestos susceptibles de influir en la política de dirección de la sociedad, no parece que pueda plantearse cuestión alguna en relación con el *corporate governance* de la sociedad o del grupo, más que incidental o tangencialmente. En la medida en que los destinatarios fueren personal directivo y participen en el *management*, debe señalarse su más que posible relación con el *corporate governance* y el *agency cost*, si bien la intensidad de éstos habrá de cuestionarse en cada caso ⁴².

Finalmente cabe plantear la cuestión de si el fin último pretendido con este sistema retributivo no se sitúa fuera de los parámetros que normalmente se marcan para las *stock options*, esto es, si acaso no se trata de procurar una «remercantilización del salario» (en un sentido y dirección muy distintos de los referidos con la «mercantilización del trabajo» ⁴³) más allá del propósito buscado mediante su suscripción de realizar una atribución patrimonial a la totalidad o parte de los trabajadores, o, si se prefiere, una alteración de sus notas tradicionales, modificando cuando no suprimiendo, los aspectos más característicos de la «ajenidad laboral», fundamentalmente en cuanto a la «ajenidad en los riesgos» y, en menor medida, en cuanto a la «ajenidad en los frutos o resultados del trabajo», bien que no se cuestione aquella nota en lo que se refiere a la «ajenidad en la disposición sobre el trabajo», porque la sociedad de la información y del conocimiento», mediante las nuevas tecnologías aplicadas al trabajo en régimen de dependencia ya ha producido una alteración sustancial de este último aspecto de la ajenidad laboral.

En este último aspecto debe señalarse que la atribución al empresario (sociedad o grupo de sociedades-empresario) de la facultad de poder ordenar y dirigir la prestación del trabajo es instrumental respecto de un derecho patrimonial como el de la atribución originaria de los resultados del trabajo (ajenidad en los frutos) y que alterada tal facultad no es posible mantener incólume los demás aspectos de la ajenidad, pudiendo incluso marcar el tránsito hacia la desaparición de la nota de dependencia ⁴⁴, más aún considerando que la evolución científica y técnica aplicada al trabajo ha alterado radicalmente el ejercicio racional ⁴⁵ de aquella facultad.

Conviene matizar que las *stock options* dirigidas a los trabajadores, en cuanto constituyen un sistema de participación en los beneficios de la empresa, se sitúan más en la mejora de la cuenta de resultados, vía incremento de la productividad, que en el valor de la empresa, que va a depender básicamente de factores ajenos a los trabajadores destinatarios de las *stock options*, con lo que su carácter incentivador adquiere otra dimensión o al menos ha de referirse a otro escenario, asumiendo un singular protagonismo la «fidelización» (tanto como permanencia o vinculación a la empresa, como vigorizando el comportamiento fiel, ya impuesto en su dimensión general u ordinaria por la relación laboral), la evitación de la conflictividad laboral o la búsqueda del alineamiento de los suscriptores de las *stock options* no ya con los intereses de la sociedad, sino más bien con los intereses del grupo que domina, en ese momento, la sociedad o el grupo.

II. LA «OPERACIÓN DE *STOCK OPTIONS*». SU CALIFICACIÓN (JURISPRUDENCIAL) COMO NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO Y LA CUESTIÓN DEL CONTRATO OPCIONAL

El régimen legal aplicable a las *stock options* dirigidas a los trabajadores, dista de ser sencillo, tanto porque el conjunto de normas mercantiles (sociedades y mercado de valores) y laborales aplicables no son siempre de fácil conciliación ⁴⁶, como porque tratándose de un sistema retributivo ajustado al modelo de economía financiera, no se adecua a la regulación jurídico-positiva nuclear del salario, obediente al modelo de economía industrial y, finalmente, porque la determinación de su régimen jurídico e incluso de su naturaleza jurídica como devengos salariales, es obra de una reciente jurisprudencia ⁴⁷, auténtica doctrina legal ⁴⁸ (SSTS ⁴⁹, Sala Cuarta ⁵⁰, de 24 y 25 de octubre de 2001, 4 de febrero, 10 y 11 de abril y 1 de octubre de 2002) ⁵¹.

La Jurisprudencia, al considerar las *stock options* en el marco de la relación laboral, no se limita a señalar que son «derecho(s) que concede la empresa a sus colaboradores a comprar un cierto número de acciones de la misma a un determinado precio (precio de ejercicio) y durante un período de tiempo (*vesting period*)» ⁵², sino que determina las propias características de éstas, ofreciendo una delimitación conceptual. Aquella jurisprudencia afirma su naturaleza contractual ⁵³, indicando que «**el conjunto de derechos y obligaciones derivados de las opciones sobre acciones (...) tienen, (...) una naturaleza jurídica compleja**».

1. La trascendencia del «Plan».

Los «planes» son «esquemas retributivos laborales», que se incorporan al entramado de cada relación laboral vigente, en consideración a que ya se ha prestado el consentimiento al intercambio de trabajo (dependiente) por salario en el contrato de trabajo ⁵⁴, circunstancia que va a determinar su accesoriadad respecto de este contrato de trabajo ⁵⁵. La consideración del trabajador beneficiario del plan como «inversor» es eventual y, en todo caso, se enmarca en la disciplina del mercado de valores, cuyo alejamiento del marco laboral no impide ciertas vinculaciones.

La Jurisprudencia no considera trascendente la formulación del «plan» por la empresa. No obstante puede cuestionarse si acaso no es relevante jurídicamente el propio «plan» desde el momento en que se exterioriza ⁵⁶, y es conocido por los trabajadores, dado que es una retribución del trabajo (para aquellos trabajadores incluidos en el «plan»).

Efectivamente el derecho a dicha retribución (*stock options*) existe desde el momento en que la sociedad, en cuanto que empresario, decide su implementación. No se requiere siquiera de su publicación o notificación a los trabajadores incluidos en el mismo (cuestión diferente es la prueba de su existencia). Consecuentemente antes de la conclusión del contrato de opción el empresario viene vinculado por la retribución establecida, que, en su caso, y desde una perspectiva iuslaboralista podrá considerarse una condición más beneficiosa, pues la declaración de voluntad de cada trabajador más que aceptación de una oferta contractual es fijación, determinación o concreción de un

complemento salarial conforme a los términos del «plan». En consecuencia, el propio Plan vincula al empresario con la fuerza que le otorga el desarrollarse en el seno de una relación laboral preestablecida, al suponer el establecimiento de una específica retribución que justamente las sentencias califican de salarial ⁵⁷.

El «plan» o «programa» de *stock options* constituye el principio de un entramado que, en sí mismo, constituye una retribución, por más que la Jurisprudencia, en aparente incongruencia con su propio razonamiento interno, sólo considere como tal el resultado del ejercicio, en su caso, del derecho de optar. La posición que, de ordinario, tiene el concedente, en el contrato de opción «de vinculación, tanto al contrato de opción, como al contrato definitivo» ⁵⁸, sufre, en consecuencia, un salto cualitativo, ampliándose y reforzándose por su vinculación al contrato de trabajo ⁵⁹.

Implementado el «plan», dado que establece un complemento retributivo, en el seno de una relación laboral preexistente, que es inmediatamente exigible por los trabajadores beneficiarios del mismo, no simplemente genera meras expectativas ⁶⁰ sino que da origen a una relación crediticia, por más que su concreción pueda requerir un acto jurídico posterior de naturaleza contractual, que generará, bien que tras la conclusión de tal contrato (de opción) un «derecho subjetivo potestativo de crédito» ⁶¹.

En dicha consideración reside una de las peculiaridades de este complemento retributivo, que necesita de su concreción, mejor que aceptación, por el trabajador, conforme con el «plan», manifestación acorde con la «remercantilización» del salario. No es el establecimiento del plan, ni su eficacia vinculante para el empresario, que sin duda opera desde su implementación, ni siquiera su posible complejidad, lo que determina en puridad la necesaria conclusión posterior del contrato de opción, sino la discrecionalidad de cada uno de los trabajadores, incluidos en aquel plan, para adquirir el derecho (suscribir el plan) y la necesidad de precisar, en su caso, determinados extremos de ese complemento retributivo (por ejemplo la cantidad de *stock options* a suscribir), extremos que se dejan a la discrecionalidad, dentro del plan, de cada trabajador beneficiario, lo que exige y requiere de la conclusión del contrato de opción ⁶².

Lo expuesto tiene apoyatura en la evolución de las regulaciones contables. Sobrepasado el momento en el que la práctica generalmente seguida en nuestro sistema estimaba que los planes de *stock options* no debían tener reflejo en las cuentas anuales, a la altura de los tiempos que nos ha tocado vivir puede razonablemente cuestionarse si deben contabilizarse cuando se ejercitan las opciones o cuando éstas se emiten ⁶³. La respuesta, con proyección de inmediato futuro, es favorable a que los estados financieros «revelen» los compromisos adquiridos con los planes de opciones.

El IAS ⁶⁴19, «beneficios a los empleados», revisada en el 2000, establece en el párrafo 144 que deberán revelarse en los estados financieros la naturaleza de los planes de opciones sobre acciones así como los importes reconocidos, además de los instrumentos financieros emitidos, con todos sus pormenores, durante el período contable para hacer frente a tales compromisos, opciones ejercitadas y otros extremos.

2. El contrato de opción. Naturaleza jurídica y elementos.

No se hace cuestión de la posibilidad, teórica más que real, de que la implementación del «plan» o «programa», y sus consecuentes contratos de opción, vengan impuestos por una norma convencional (convenio colectivo estatutario o extraestatutario) en cuyo caso estaríamos ante el cumplimiento de obligaciones legales, siendo el carácter negocial de la operación discutible ⁶⁵.

La Jurisprudencia, en terminología confusa, indica que **«la opción sobre acciones ⁶⁶ es, en este caso, un negocio jurídico ⁶⁷ 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»** y que **«el contrato de opción se perfecciona por el consentimiento en que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben»**.

El contrato de opción forma parte de aquella compleja operación de *stock options*, que es negocio jurídico complejo al que la Jurisprudencia denomina «de opción sobre acciones», propiciando la confusión del todo con una de sus partes. Se trata de una opción singular, al ser su subyacente financiero precisamente acciones, operando como instrumentos de aquella naturaleza no negociados en un mercado organizado, esto es OTC ⁶⁸, y a los que, a determinados efectos, se puede asimilar. En conclusión puede considerarse un contrato de opción *sui generis*, singular, por cuanto no tiene necesariamente carácter preparatorio de otro contrato, «llamado usualmente definitivo» ⁶⁹, sino que puede liquidarse por diferencias en metálico ⁷⁰ (lo cual es usual).

La Jurisprudencia no duda en afirmar que existe un «contrato de opción» ⁷¹, para cuyo análisis ha de partirse, en todo caso, de la doctrina civil existente en torno al contrato de opción, pues incluso la opción financiera típica OTC, cuando la ejecución se refiere a la entrega del subyacente financiero, «coincide básicamente con la descripción realizada por el Tribunal Supremo del contrato de opción tradicional» ⁷².

Podría cuestionarse si, cuando se trata de opciones financieras exclusivamente a liquidar por diferencias en los precios del activo subyacente, aquel negocio «nada o poco tiene de opción, por cuanto en él faltaría uno de los requisitos esenciales de la opción: la concesión de la facultad de optar al comprador» ⁷³. Efectivamente, si no hay diferencias en el momento de la liquidación, es difícil que pueda existir derecho de opción alguno o que su ejercicio pueda tener utilidad para el trabajador-suscriptor de la opción. No obstante, si, existiendo diferencias en el momento de la liquidación, se quiere percibir ésta ⁷⁴, aquel trabajador-suscriptor ha de ejercitar el derecho opcional.

Cuando se establecen mecanismos de liquidación por diferencias han de considerarse fundadas las dudas acerca de la existencia de un derecho de opción de compra. No obstante, tal circunstancia no altera la conclusión de que en las *stock options* se produce un giro sustancial respecto de las opciones financieras, por cuanto se trata de retribuciones salariales (siempre que las mismas se dirijan a los trabajadores). En estos casos, la compra o adquisición de acciones constituye un mecanismo operativo o funcional característico de la «era de las finanzas», perfectamente sustituible por la liquidación directa de diferencias ⁷⁵.

No es infrecuente que los planes de *stock options* otorguen a los trabajadores, para el momento del ejercicio del derecho de opción, la facultad de poder «elegir entre conservar las acciones o venderlas simultáneamente», en cuyo caso siempre las adquirirá previamente, debiendo efectuarse a su favor la entrega o transferencia contable, en su caso, para que pueda efectivamente vender, aun cuando en el tiempo todo se desarrolle simultáneamente. Así pues, el beneficiario del derecho de opción ha de ejercitarlo, quedando a su discrecional voluntad no liquidarlas simultáneamente a su entrega, si, por ejemplo, advierte que especulando puede obtener un montante superior de retribución ⁷⁶, en tal caso ya no se trataría de una liquidación por diferencias *stricto sensu*.

Ciertamente, como ya se indicó, en el «negocio unitario complejo» ⁷⁷ en que se desenvuelven las *stock options*, no se pueden disociar, «por su íntima soldadura», el plan o programa y el contrato de opción. No obstante indica la Jurisprudencia, con dudoso acierto, que aquel «contrato de opción se perfecciona por el consentimiento y en el momento en el que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben», y que, precisamente, en su virtud, «la empresa queda obligada, vinculada desde ese instante a respetar el derecho de optar del empleado y éste tiene el derecho a ejercitar esa opción cuando llegue el momento», sin que en absoluto tenga para la doctrina jurisprudencial eficacia vinculante para la sociedad-empresario la propia publicación o notificación del «plan».

Como indica aquella Jurisprudencia no es dudoso el carácter consensual del contrato, pero puede hacerse cuestión, sin embargo, del carácter bilateral o unilateral ⁷⁸ del mismo, cuando no exista obligación de pago de prima alguna, *in pecunia*, por parte del trabajador ⁷⁹, puesto que «el contrato de opción de compra, desde el punto de vista de las obligaciones que nacen del mismo (salvo el supuesto en que se haya estipulado el pago, por el optante, de una prima por la concesión de la opción) es un negocio unilateral, por cuanto sólo crea obligaciones para el optatario o concedente de la opción» ⁸⁰.

En principio, por su característica naturaleza de salario, por el trabajo prestado por cuenta ajena, de las *stock options*, se excluye la posibilidad de que el trabajador efectúe una atribución patrimonial a favor del empresario (que, probablemente, habría de calificarse de remuneratoria), excepto en el supuesto de que, a pesar de la prima satisfecha, el valor intrínseco de la opción se situase *in the money* y pudiese ser ejercitada por el trabajador en cualquier momento a partir de su otorgamiento. Por lo que parece que aquella falta de contraprestación dineraria por parte del trabajador constituye un rasgo estructural, esencial o, al menos, natural del citado contrato de opción.

Pero la inexistencia del pago de una «prima en metálico (*in pecunia*)» no significa que la opción resulte gratuita al trabajador, dado que la concesión de la opción subyace una contraprestación implícita, su propio trabajo, causa de la atribución de las opciones» ⁸¹, y, en consecuencia, no queda desvirtuada su naturaleza bilateral. A mayor abundamiento, puede también afirmarse que la onerosidad del contrato de trabajo «embebe la onerosidad» del contrato de opción ⁸².

Los elementos subjetivos del negocio de opción son el empresario y cada trabajador participante en el plan, que no obsta a que aquél pueda conceptuarse como condición más beneficiosa de carácter colectivo. Efectivamente el contrato de opción se inserta en cada relación laboral, pasando a formar parte del contrato de trabajo originario de aquella relación jurídica, y necesariamente ha de

tener a aquéllos como sujetos, siendo reflejo de ello, como indica la Jurisprudencia, que en sede de aquella compleja operación, el contrato de opción se suscriba «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».

A este respecto, indica la Jurisprudencia que «el elemento subjetivo constituido por la exigencia de que sea un trabajador de la empresa (...) se configura (...) como un requisito o elemento inicial, pues la oferta [*sic*, esto es el plan], sólo se hace (*sic*) por la empresa (...para) sus trabajadores», es decir, quienes actúan como parte en el negocio de opción han de haber concluido expresa o tácitamente un contrato de trabajo y tiene que haber surgido la relación laboral. Esto es, precisamente quien atribuye el derecho ha de ser el empresario y quien lo recibe un trabajador relacionado jurídicamente con el primero mediante una relación laboral.

La causa del contrato de negocio de opción ⁸³ constituye uno de los elementos más oscuros, como no podía ser menos. Efectivamente, al inscribirse el negocio de opción en la órbita de la relación laboral, no puede considerarse un «negocio inicial», puesto que se presupone la existencia del contrato de trabajo. En consecuencia, dicho negocio deberá considerarse de cumplimiento ⁸⁴, o «ejecutivo», circunstancia determinante de que su causa se encuentra fuera del mismo, y de que se «ligue» con la causa del contrato de trabajo, por más que aquélla sea más amplia ⁸⁵. En sede causal las *stock options* muestran su separación de las opciones financieras OTC, pues estas últimas, en cuanto que derivados financieros, tienen su causa en la gestión de un riesgo ⁸⁶, lo que en absoluto está presente en las *stock options*.

Cabe afirmar la vinculación causal entre el contrato de opción y el contrato de trabajo ⁸⁷. Pues como indica de la Jurisprudencia:

- a) Mediante las *stock options*, la sociedad-empresario:
 - i) «trata de **primar la propia existencia de la relación fiel o vinculada con ella**» (la empresa);
 - ii) «trata de alcanzar 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»;
- b) Por ello «deja de tener sentido, desde el punto de vista de quien ofrece el derecho de opción cuando el empleado ya no está en activo», pudiendo el trabajador ejercitar su derecho «siempre que, en principio, se halle vinculado a la empresa», y
- c) «Correlativamente, el **trabajador** puede analizar las **ventajas retributivas que le proporcionan las opciones sobre acciones** hasta, al menos, el momento en que puede 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 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».

Por todo ello aquella Jurisprudencia concluye:

«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 así evidente».

La causa del contrato de opción se vincula y se identifica parcialmente con la del contrato de trabajo añadiéndose todas o algunas de las finalidades específicas ya citadas, fundamentalmente la permanencia del trabajador prestando sus servicios a cambio de obtener una determinada remuneración en forma de *stock options* ⁸⁸, y esa «retribución es un derecho fundamental del trabajador y (...) fundamental obligación del empleador, pues el contrato de trabajo viene precisamente caracterizado por el intercambio entre trabajo y retribución. Esta característica (función económico-social del contrato) hace que la onerosidad asuma o revista un carácter esencial del mismo» ⁸⁹, lejos de cualquier idea de atribución gratuita ⁹⁰.

3. La calificación de la «operación de *stock options*» como negocio jurídico complejo.

La calificación jurisprudencial de los planes de *stock options* como «negocios jurídicos complejos» se explica, en parte por la falta de regulación jurídico-positiva de aquella categoría en nuestro ordenamiento, a la que se le atribuye «un valor fundamentalmente descriptivo» ⁹¹, pero fundamentalmente por la vinculación que la jurisprudencia encuentra entre el contrato de opción y la relación laboral.

Abstracción hecha de su incardinación en la relación jurídico laboral, pudiera cuestionarse si la calificación que realmente resulta apropiada a los planes de *stock options*, debiera ser la de «negocios jurídicos complejos que incorporan un derecho de opción de compra de acciones».

En algún momento, parece que aquella es la posición adoptada por la Jurisprudencia cuando indica que **«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»** ⁹². No obstante aquella posible calificación choca con la pertinaz y tozuda alusión, por la Jurisprudencia, a la presencia de un «contrato de opción» ⁹³.

La calificación jurisprudencial de «negocio jurídico complejo» y su continuada alusión a un «contrato de opción», es contradictoria. No obstante en la búsqueda de una solución a dislate puede concluirse que la Jurisprudencia no identifica aquel «negocio jurídico complejo» con un «simple contrato de opción» ⁹⁴.

Por todo ello ha de considerarse que la Jurisprudencia entiende que los planes de *stock options* son negocios jurídicos complejos, bien que ocasionalmente se refiera a ellos aludiendo a su elemento más significativo, a su núcleo, el contrato que establece el derecho de opción de com-

pra de acciones ⁹⁵. Efectivamente se trata de un «negocio jurídico complejo» ⁹⁶. que, al menos funcionalmente, opera como un «instrumento financiero», que obedece a un «plan» o «programa», que se incorpora a una relación laboral.

III. A PROPÓSITO DE LA CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO DE *STOCK OPTIONS*: LA FINALIDAD DE «PRIMAR LA PROPIA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL FIEL», DEL AHORRO DE COSTES Y DE CONSEGUIR LA MEJORA DE LA CUENTA DE RESULTADOS

El empresario mediante la implementación de un plan de *stock options* en la mayoría de los casos pretende la «fidelización» de sus trabajadores y, con ella la mejora de la productividad o del rendimiento individual de aquéllos mediante la «compra» de la permanencia de una relación laboral extremadamente fiel. A la postre la mejora de la cuenta de resultados de la sociedad.

La fidelización de los trabajadores se atribuye, generalmente, a los planes de *stock options* ⁹⁷, y se instrumenta tanto mediante la imposición de una obligación de «permanencia laboral» ⁹⁸ como por la asunción, por parte del trabajador, del «compromiso corporativo», esto último como una extensión del deber de lealtad del trabajador que le incumbe en aras del contrato de trabajo y trasunto del deber de buena fe en la prestación del trabajo ⁹⁹, extensión de un deber básico del trabajador que se entronca claramente con la «ética del mercado» ¹⁰⁰.

Se afirma por la Jurisprudencia que «**los planes de opciones sobre acciones** han tenido siempre y tienen un marcado carácter retributivo como incentivo laboral, **tratan(do) de incrementar** de esa forma **el compromiso de los empleados con la empresa**». Cuando se trata de personal muy cualificado se dice que contribuye, además, a «**evitar la fuga de los mejores y consolidar excelentes prácticas de gobierno**» ¹⁰¹.

Se plantea si la buena fe contractual puede por vía de pactos modularse, o si se trata de un elemento invariable en su intensidad en aras del contrato de trabajo, de tal manera que su incremento bien pudiera ir en detrimento de la «dignidad personal» del trabajador, al estar enajenando algo más que su esfuerzo. El incremento cualitativo de los deberes de buena fe directamente por vía de pactos no parece razonable. El trabajador ha de llevar a cabo su tarea «ajustándose a criterios (...) de fidelidad, lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (...) cooperando a la efectividad del contrato y a la seguridad del tráfico negocial» ¹⁰², durante todo el período de tiempo que compromete su permanencia en la empresa. Cuestión diferente es que se pretenda por medio de tales incentivos salariales «vincular al trabajador más» a la organización empresarial, implicándose más el trabajador con la buena marcha de la empresa, incrementando incluso su productividad, bien por exigencia explícita bien por resultado implícito al disminuir la inseguridad o precariedad en el empleo.

La diligencia del trabajador, trasunto de su deber de buena fe ¹⁰³, es inmanente al contrato de trabajo, y supone una «actitud de cooperación» y de «activa colaboración» ¹⁰⁴, por ello cuando se alude a la «fidelización» del trabajador mediando las *stock options* se alude a la búsqueda de la per-

manencia del trabajador, pues mediante ella, entre otras cosas el empresario obtiene un ahorro de los costes que representa la formación de nuevos trabajadores, máxime en la sociedad del conocimiento, lo que a la postre incide en la mejora de los resultados.

Esos efectos son destacados por la Jurisprudencia al indicar que mediante la implementación de planes de *stock options*, «se produce un doble efecto para la empleadora, a saber:

- a) **Por un lado la fidelización del trabajador, vinculándolo para que no trate de encontrar empleo en otra empresa distinta.**
- b) **Pero también se puede alcanzar, por otro, 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».**

Se trata de acentuar la vinculación del trabajador al complejo productivo y a la sociedad-empresario, que incluso se incrementa en la medida en que se enlazan sucesivos planes de *stock options* dirigidos a los mismos trabajadores, existiendo un tipo de planes *stock options* que generan la renovación automática de los derechos de opción, con el resultado final de que el trabajador une su vida laboral y la marcha de sus intereses a los de la sociedad.

Se añade a la «fidelización», en sentido estricto, de los trabajadores, que la implementación de planes de *stock options* cuando se condiciona a alcanzar un determinado rendimiento o *performance*¹⁰⁵, lo que es por demás frecuente, sirve al inmediato incremento de la productividad. No obstante ha de advertirse que ha de tratarse de una específica previsión del plan pues no siempre está presente, por cuanto aquellas *stock options* pueden servir de premio a una valoración ya efectuada.

En todo caso la mejora de la cuenta de resultados parece necesariamente asociada a la implementación de los planes de *stock options*. La Jurisprudencia contempla semejante propósito al indicar que, mediante los planes de *stock options*, los empresarios además de tratar de incrementar el compromiso de los empleados con la empresa, procuran mediante su implantación «**mejorar sus propios resultados**».

IV. EL CARÁCTER ESENCIAL DEL TÉRMINO O PLAZO EN LOS PLANES DE *STOCK OPTIONS*

Según la Jurisprudencia los planes de *stock options* tienen una «naturaleza jurídica compleja que **no cabe calificar de obligación condicional**». Apreciación jurisprudencial que es relevante por cuanto el carácter condicional del negocio de *stock options* había sido afirmado por una abundante Jurisprudencia menor¹⁰⁶.

De tratarse de un negocio sometido a condición (que habría de ser positiva, potestativa y suspensiva), durante su pendencia (*conditio pendet*) los trabajadores serían titulares de «simple(s) expectativa(s)», cuyo núcleo lo constituirían «titularidades eventuales»¹⁰⁷, «respecto de las posiciones jurídicas que se habrían(han) de derivar para ellos del negocio, si éste, ya perfecto desde su celebración, llegase(llega) a ser plenamente eficaz»¹⁰⁸.

La característica incertidumbre objetiva y el carácter futuro de los eventos condicionantes¹⁰⁹, propios de las obligaciones condicionales, no pueden considerarse existentes conjuntamente por la mera circunstancia de que suscritos ahora los derechos opcionales se puedan ejercitar sólo en un futuro y porque el trabajador haya de permanecer vinculado al empresario en la fecha de ejercicio de la opción. La Jurisprudencia no es ambigua al respecto, sino contundente cuando afirma:

«El elemento subjetivo constituido por la exigencia de que sea un trabajador de la empresa que ha suscrito el plan adhiriéndose al mismo, el que ejercita el derecho estando en la empresa, se configura como un elemento inicial» y que, en consecuencia, **«no cabe apreciar la infracción (...) del artículo 1.119 del Código Civil.(...), porque ese precepto es de aplicación exclusivamente a las obligaciones condicionales»**¹¹⁰.

Las *stock options* no son negocio jurídico sometido a condición, sino a término, que ha de considerarse «esencial»¹¹¹. Negocio condicional y negocio sometido a término no se confunden. La Jurisprudencia, abundando en este sentido, afirma:

«El término o plazo para (el) ejercicio (de las *stock options*) se configura así como el presupuesto o elemento esencial, como un requisito propio, típico e inseparable del negocio jurídico mismo de opción, sin el que no cabría conceptuarlo como tal».

Efectivamente en las *stock options* se pueden distinguir, «dos aspectos o momentos contractuales», que además funcionan en sucesión cronológica. «El primero de aquéllos se refiere a la conclusión del contrato de opción o convenio opcional. El segundo corresponde a la perfección de la compraventa proyectada, consecuente a la ejercitación de la opción en el plazo acordado y cumpliendo las condiciones convenidas, como negocio final, cuya conclusión queda supeditada a la libre decisión del optante, pues, realizada la opción, se perfecciona la venta»¹¹².

La consideración de las *stock options* «como contratos a plazo, supone el reconocimiento expreso de una connotación cronológica inherente al contrato»¹¹³. El factor tiempo se torna esencial en el negocio opcional de *stock options*, y no se predica porque su función sea la gestión de un riesgo.

Pero no se trata de que sólo por una discrecional voluntad declarada de las partes, la puntualidad o el ritmo en la ejecución del contrato, el término adquiera el carácter esencial para la economía del mismo.

El negocio opcional de *stock options* de por sí es un negocio a plazo, esto es, implica «un plazo limitado durante el que se produzcan sus efectos» ¹¹⁴. Por referirse las *stock options* a un subyacente financiero, el término puede considerarse, además de esencial, absoluto ¹¹⁵.

Aquel término no es de eficacia, sino de ejecución ¹¹⁶ según se deduce de la Jurisprudencia que, tras afirmar que «el contrato de opción se perfecciona por el consentimiento y en el momento en el que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben», no duda en precisar que:

«La empresa queda obligada, vinculada desde ese instante a respetar el derecho de optar del empleado y éste tiene el derecho a ejercitar esa opción cuando llegue el momento».

Término esencial y de ejercicio o de ejecución, al propio tiempo, que supone con referencia al negocio de *stock options*, sean compatibles, por mor de semejante doctrina legal, ambas calificaciones ¹¹⁷. **Se trata, por tanto, de un término esencial y de ejercicio o de ejecución del negocio**, al requerirse únicamente al momento de su establecimiento «la fijación del momento preciso en que la obligación derivada del negocio se debe cumplir» ¹¹⁸.

V. SOBRE LA NATURALEZA RETRIBUTIVA DE LAS *STOCK OPTIONS* DIRIGIDAS A LOS TRABAJADORES

1. Su calificación como salario.

A propósito de la característica naturaleza retributiva ¹¹⁹ de las *stock options*, y si aquella es salarial ¹²⁰, la doctrina legal es:

«Que los beneficios que pueda obtener el trabajador como consecuencia del ejercicio, en tiempo y forma oportunos, de las opciones sobre acciones suscritas, tienen naturaleza salarial».

Semejante fórmula, sintética, que resume la doctrina legal, requiere de una explicación por cuanto recoge la modificación que la última doctrina jurisprudencial ha llevado a efecto de los criterios de valoración del salario *stock options* sostenidos en una primera y reiterada Jurisprudencia.

Efectivamente, la doctrina sentada en las SSTS, Sala Cuarta, de 24 y 25 de octubre de 2001, 4 de febrero, 10 y 11 de febrero de 2002, afirmó que «las cantidades que pueda obtener el trabajador como consecuencia del ejercicio en tiempo de las opciones sobre acciones suscritas, tienen natu-

raleza salarial». Bien que en algun otro apartado aquellas mismas resoluciones aludan al «beneficio obtenido del ejercicio de la opción sobre acciones», o a que «obtenido el beneficio», etc., lo que inducía a confusión.

Posteriormente, la STS, Sala Cuarta, de 1 de octubre de 2002, ha venido a sentar que «los beneficios derivados de las opciones sobre acciones pueden, en determinadas circunstancias, tener la consideración de salario», añadiendo «pero esto no significa que, cumplidas esas condiciones, cualquier beneficio o ventaja patrimonial derivada de la opción sea salario» y, precisando, que aquella condición la tiene «la utilidad patrimonial que obtiene el beneficiario (...) por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio pactado».

Aquella referencia que la sentencia de 1 de octubre hace a que las *stock options* «pueden» tener la condición de salario «en determinadas circunstancias», no puede leerse en clave discrepante con la Jurisprudencia sentada en las de 24 y 25 de octubre de 2001, 4 de febrero, 10 y 11 de abril de 2002, esto es, queriendo significar que «sólo en determinadas circunstancias o excepcionalmente» son salario, sino, muy al contrario, debe entenderse, dada la apelación que la propia sentencia hace a las sentencias últimamente indicadas, que afirma el carácter salarial de las *stock options* dirigidas a los trabajadores, al concederse en virtud de una relación laboral existente.

Afirmada aquella conformidad, sin embargo ha de destacarse que aquella sentencia de 1 de octubre de 2002 lleva a cabo una corrección del criterio de valoración establecido en la Jurisprudencia anterior.

Con discutible fortuna la Jurisprudencia indica que únicamente las acciones recibidas, las cantidades dinerarias o los beneficios obtenidos, una vez ejercitadas las *stock options*, son salario, porque la existencia de un contenido patrimonial estimable depende única y exclusivamente de la discrecionalidad del trabajador, en cuanto que a él y sólo a él, le corresponde decidir si ejercita o no las *stock options*, llegado el término. Advirtiendo «sobre la existencia de un derecho valorable económicamente en el instante en que se formaliza entre empresa y trabajador la opción sobre acciones» que:

«Como obligación sujeta a plazo, su materialización sólo será posible en el momento en que se cumpla el término, pues será el titular del derecho el que en ese momento decida si lo ejercita o no».

Con la consecuencia de negar carácter salarial a las *stock options* por su valor intrínseco. Se trata ciertamente de una cuestión asaz compleja a la vista de nuestro ordenamiento jurídico.

Hecha abstracción de la problemática indicada, a la que se atiende en otro lugar, conviene ahora precisar que, para tratar de la naturaleza salarial de las *stock options*, ha de partirse de la conceptualización y delimitación que del salario se efectúa en nuestro sistema jurídico para evitar inútiles especulaciones, que a nada útil conducen. En ese orden de ideas resulta que la configuración,

delimitación y definición de salario se contiene en el artículo 26 ET ¹²¹, bien entendido que aquel «concepto jurídico de salario ni puede petrificarse en un texto (evolutividad) ni utilizarse por igual para todos los posibles efectos jurídicos (relatividad)» ¹²². La doctrina legal antes aludida afirma que:

«Vista la definición legal, en positivo y negativo, del concepto (de salario), como premisa básica o elemento de partida debe decirse que (...) los planes de opciones sobre acciones han tenido siempre y tienen un marcado carácter retributivo como incentivo laboral».

Atendiendo a que las *stock options* constituyen un sistema salarial propio de la «era de la economía financiera», por tanto adecuada a los valores subyacentes a esta nueva época económica, y que la definición contenida en el citado artículo 26 ET se corresponde con la economía de la «era industrial» ¹²³, consecuentemente atenta a los valores propios de aquella etapa económica, fácilmente se advierte el esfuerzo interpretivo que ha de realizarse para encuadrar a las *stock options* en tal concepto legal de salario ¹²⁴.

Efectivamente la noción legal, onmicomprensiva o totalizadora de las percepciones debidas por el empresario al trabajador, genera la presunción *iuris tantum* de que todo lo percibido por éste de aquél es salario, enlaza causalmente la percepción del salario con la efectiva prestación de servicios y exacerba la sinalagmaticidad de la obligación retributiva. Por ello habrá que acudir, y así lo hace la Jurisprudencia, a la «evolutividad» y «relatividad» de la definición de salario.

En aquella fórmula estipulativa y globalizadora, la Jurisprudencia encuentra más que una ayuda un grave obstáculo dada su limitación como creadora de Derecho en nuestro sistema jurídico. No obstante haciendo gala de ingenio más que de rigor hermenéutico la Sala *a quo* afirma:

«Desde un punto de vista excluyente o negativo, para que el beneficio obtenido del ejercicio de la opción sobre acciones no tuviese naturaleza salarial, tendría que incluirse en alguno de los supuestos previstos en el número 2 del artículo 26» ¹²⁵ y «en ninguno de tales conceptos tiene cabida» ¹²⁶.

Aquella misma Jurisprudencia tras dejar claro que las *stock options* no se confunden con los *fringe benefits* (beneficios marginales cuya indeterminación conceptual no impide que pueda afirmarse su falta de reciprocidad con la prestación del trabajo ¹²⁷), indica, ahora en positivo, lo siguiente:

«Las condiciones retributivas contenidas en los planes de opción sobre acciones, una vez ejercitadas y obtenido el beneficio por el trabajador, tienen cabida en el número 3 del repetido artículo 26 ET», pues «son las circunstancias personales de los trabajadores de la empresa, su vinculación con ella en el tiempo y la perspectiva de mejora de los resultados empresariales (...) las que determinan (...) que se establezcan esos devengos».

El afán y la necesidad de dar encaje a las *stock options* en el precepto legal indicado obliga a la Jurisprudencia a flexibilizar aquella norma. Descartado que se tratase de salario base, su única localización podía estar entre los «complementos salariales». Así procede la Jurisprudencia, pero no encuentra complemento salarial, de entre los listados en la norma, en el que situarla, y entonces con la autoridad que da la más alta magistratura, establece lo siguiente:

Se trata de «un concepto retributivo nuevo, no previsto por el legislador laboral, cuya naturaleza es compleja, pues confluyen en él un conjunto de factores, no todos ellos de fácil alineamiento con el concepto tradicional de salario, pero en el que, no obstante, se aprecian las notas o características más importantes del mismo» ¹²⁸.

Admirable el criterio y la actitud del Alto Tribunal que salva las dificultades de identificación de las *stock options* con el concepto tradicional de salario ¹²⁹, por constituir manifestación de las nuevas tendencias de la regulación salarial, a saber flexibilidad, eficiencia y participación retributiva ¹³⁰.

Pero esa actitud no es compartida por la totalidad de la Sala, y así parte de la misma no duda en afirmar que aquella retribución «ni es salario base pues no se trata de retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, ni complemento salarial en ninguna de las tres variedades expresamente reconocidas en la Ley» ¹³¹.

La Jurisprudencia en interpretación correctora, sin duda, pero necesaria, del precepto legal, y ajustándose a la época económica en que surge la controversia, de la «economía financiera», modera el alcance de la sinalagmaticidad del contrato de trabajo, bien que no reconduciéndola a la mera bilateralidad, así como el de la exigente conmutatividad o reciprocidad estricta, indicando:

«La vinculación entre actividad laboral del empleado, su esfuerzo y dedicación y la obtención de un beneficio económico valorable derivado del ejercicio de la opción, se muestra así evidente y configura el concepto legal de salario al ser una percepción económica que se recibe precisamente a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada».

Ciertamente, el deber del empresario de pago del salario es asumido por el beneficio que espera obtener del trabajador asalariado y, a su vez, el deber del «esfuerzo y dedicación» aplicado por el trabajador a su prestación tiene sentido por constituir un medio de vida «cualificado, en cuanto que ha de cubrir las necesidades de una vida libre, es decir de una vida personal y familiar, moral y digna» ¹³², pero «la realidad contemporánea del contrato de trabajo no puede ser restringida en los rígidos esquemas del contrato de cambio, sino que requiere de una sistematización autónoma propia» ¹³³, que se muestra evidente cuando las percepciones retributivas de los trabajadores, «no se encuentran conectadas a un efectivo desarrollo de la prestación laboral» ¹³⁴.

Aquella Jurisprudencia con esfuerzo argumental y no sin dosis de ingenio, rechaza las posibles objeciones a la naturaleza salarial de las *stock options* ¹³⁵, pero lo hace en un cuidado y calculado equilibrio de la configuración sinalagmática y conmutativa del salario, y sin proponer el abandono de la concepción causal, consiguiendo ajustarla a la «era de las finanzas». Así se plantea las posibles objeciones de incertidumbre y aleatoriedad de los beneficios derivados del ejercicio de las *stock options*, a más de la irrenunciabilidad de derechos laborales, que le han merecido las siguientes consideraciones:

- a) Afirmada **la incertidumbre** «que puede ocurrir en torno a la existencia o no de un balance positivo o saldo diferencial final favorable al trabajador», dicha circunstancia, sin embargo, «**no llega a desvirtuar la naturaleza salarial de lo que se percibe**», y ello «**si llega a cobrarse**» ¹³⁶.
- b) Siendo así que «el valor de las acciones puede cambiar en cada sesión de bolsa y con él la cantidad que pueda obtener el trabajador por ese concepto», tal **variabilidad o aleatoriedad** «indudable de la cuantificación del beneficio salarial, que puede alcanzar incluso a su propia existencia, a lo largo del período en que el trabajador puede exigir su cumplimiento», «**no priva al beneficio del carácter salarial**» ¹³⁷.
- c) Sobre la posibilidad de que el trabajador decida no ejercitar las *stock options*, con ponderación considera que, tal falta de ejercicio «**no significa que exista un acto de disponibilidad** (renuncia) **de derechos equivalente a una renuncia que prohibiría el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores**» ¹³⁸.

La sinalagmaticidad, relación de causalidad o dependencia mutua, genética y funcional, del salario, queda definitivamente asentada «no ya en un plano contraprestacional estricto, sino en una dimensión más global» ¹³⁹. «La conmutatividad, o reciprocidad estricta, resulta también profundamente alterada, al admitirse la posibilidad de la "propia existencia" del complemento salarial *stock options*».

Siendo el contrato de trabajo un contrato de cambio, podría cuestionarse si la falta de contenido cuantificable de las *stock options* no abocaría a la «gratuidad» de la prestación del trabajador, y, en consecuencia, resultar proscrita.

Al respecto y afirmando que aun cuando la equivalencia de las prestaciones, en el contrato de trabajo, pudiese considerarse «prevalentemente subjetiva», la gratuidad inicial y completa o que no garantice el umbral mínimo en cada momento exigible, según valoraciones ético-normativas, de la prestación del trabajo, implicaría un enriquecimiento injusto ¹⁴⁰ del empresario ¹⁴¹. Ha de concluirse que si la «gratuidad» no es completa ni inicial, como sucede con las *stock options* (que como ya hemos mencionado, son, desde un punto de vista legal, un «complemento salarial») salvo supuestos fraudulentos, la cuestión (y sin polemizar sobre la categoría de los contratos imperfectamente sinalagmáticos), se traslada al continuo ajuste de las prestaciones de las partes que se opera en la relación laboral, para cuya finalidad las propias *stock options* pueden considerarse un instrumento idóneo.

Las *stock options* ponen de manifiesto la complejidad y polivalencia funcional del salario en cuanto a su tendencial remercantilización, con el predominio de los intereses del mercado financiero frente a otras consideraciones y donde el trabajo se remunera en función de la contribución al resultado empresarial, con el auge de fórmulas que flexibilicen el salario, pasándolo de coste fijo a variable ¹⁴².

En los sistemas retributivos más modernos se complica la distinción entre actividad individual y resultado global de la organización productiva ¹⁴³. En ellos, el montante del salario se calcula en función de una serie de factores, de los cuales el trabajo es sólo un componente, siendo ejemplo de ello la participación en los beneficios y en los resultados de las empresas (participación en beneficios, en sentido estricto, y accionariado de los trabajadores) ¹⁴⁴. Esas características novedosas hacen que en las *stock options* no se atiende para la atribución del derecho o para la determinación de su alcance «ni al tiempo de trabajo efectivo (o de descanso computable como trabajo) del trabajador participante, ni a las unidades de obra resultantes de su personal esfuerzo productivo», ni influya «en la modulación del derecho en cuestión las cualidades profesionales del trabajador que suelen influir en la calidad de trabajo» ¹⁴⁵.

Con el modelo retributivo de *stock options*, además de los resultados ordinarios de la organización productiva (*cash flow*), las decisiones financieras (de inversión y financiación) y las operaciones financieras o especulativas del empresario, contribuyen a determinar la existencia y la cuantificación de ese complemento salarial. Ha de presumirse que el empresario es racional en sus decisiones, y la imposibilidad del fraude de acreedores (trabajadores) por el control que hacen las autoridades supervisoras de los mercados primario y secundario (CNMV y Sociedad Rectora correspondiente), bien que deba proponerse la intervención de los trabajadores o aquellos sujetos peritos en la materia a quienes éstos encargaran la misión de vigilar el mantenimiento/incremento del valor de la empresa (no los representantes legales o sindicales, dado el ámbito operativo y de conocimientos especializados requeridos), en las decisiones empresariales que pudieran atentar contra aquel «valor de la empresa» ¹⁴⁶.

Pero más allá de la propia empresa y de la pericia de su *management*, los elementos irracionales en los mercados de valores, la volatilidad de los precios de las acciones y sus fluctuaciones excesivas por la existencia de «burbujas especulativas», contribuyen a problematizar sobre este complemento salarial. En todo caso ha de considerarse que tales circunstancias no excluyen que la cotización bursátil constituya un sistema eficiente de valoración de la empresa, por lo que uno de los límites que, según indica tradicionalmente la doctrina, no se puede traspasar en la correlación (siempre parcial) del riesgo de empresa a la obligación salarial ¹⁴⁷, y que consiste en la «no compartición de pérdidas», resulta claramente superado en la «era de las finanzas» ¹⁴⁸, por más que el otro límite, el referido a la suficiencia salarial, permanezca menos alterado por el predominio de la economía financiera ¹⁴⁹.

Precisamente por la posible concurrencia de tales circunstancias parte de la Sala *a quo* ¹⁵⁰ discrepa del criterio mayoritario ¹⁵¹, negando la condición de salario de las *stock options*, porque:

- i) no «puede decirse que, (...), la situación o los resultados de la empresa determinen (...) el contenido de los beneficios derivados de la opción de compra de acciones»; y

- ii) «la percepción del beneficio o ventaja económica de compra de acciones depende en exclusiva de la cotización futura en bolsa de los valores del grupo,(...con la consecuencia de que) la conexión con el trabajo prestado por el trabajador participante se difumina y desvirtúa hasta hacerse irreconocible (...al entrar) en juego entonces los resultados de muchas empresas(todas las del grupo) y no de una sola, y también otros muchos factores imprevisibles y aleatorios de carácter económico, político y social, y
- iii) «el peso de todos estos factores extraños al trabajo y a los resultados de una empresa concreta es tanto mayor cuanto que estos últimos y el indicador de cotización bursátil determinante del beneficio se establece a una distancia temporal mínima de (...) años».

Aquellas objeciones tienen como punto de referencia fundamental el hecho de que entre la contribución al incremento del valor de la empresa, mediante la prestación del trabajo para esa determinada empresa, y la dependencia del valor de las *stock options*(en puridad del subyacente, las acciones) del valor generado por el «grupo» ¹⁵² en el que la empresa se integra, hay un salto insalvable. Tal argumento no tiene en consideración que los empresarios, hoy en día, son «polisocietarios» (en expresión celebrada), con la consecuencia de que el salario ya no depende únicamente de las utilidades generadas por el trabajador, ni siquiera por el factor trabajo, sino de aquella combinación de factores productivos y financieros, referibles al grupo.

Las *stock options* se integran en las «partidas salariales que incorporan criterios de cuantificación del salario extraños a la valoración de la singular prestación laboral, parámetros "extraindividuales" que cobran relevancia en la determinación del equilibrio entre las contraprestaciones (es decir, que tienden a llevar una parte de la compensación de los trabajadores fuera de los confines o parámetros del salario *stricto iure*), lo que incide en la propia cualificación de la obligación» ¹⁵³.

Los elementos característicos y los valores de la «era de las finanzas» están llamados a transformar la idea de salario, procurando ya modificaciones trascendentales redefinidoras de los sistemas salariales clásicos, que afectan fundamentalmente a su composición tradicional, mediante, entre otros, la generalización de planes de *stock options* que, limitados por lo de ahora a constituir «complementos salariales», nada impide que en el futuro conformen la retribución total, dejan en un segundo plano la formal independencia del salario respecto del riesgo de empresa. Cuestión diferente, y sin duda trascendente, es si se trata de la marcha hacia un nuevo sistema de organización de las relaciones sociales ¹⁵⁴.

2. La calificación jurisprudencial de las *stock options* como salario en metálico.

Al hilo de la posibilidad de efectuar la venta simultáneamente a su entrega de las acciones, a lo que habría de añadirse la posibilidad de efectuar su liquidación por diferencias, sistema seguido muy mayoritariamente en la práctica, con el propósito de evitar las posibles fluctuaciones a la baja de los mercados y los riesgos fiscales inherentes, aquella Jurisprudencia indica que las *stock options* son «salario en metálico» ¹⁵⁵.

Como justificación de aquella apreciación ofrece la doctrina jurisprudencial el siguiente razonamiento:

«En el caso en que en el mismo día de ejercicio de la opción se procede a la venta de las acciones sobre las que recae la opción del trabajador (...), el dinero ingresa directamente en el patrimonio del hasta entonces titular del derecho, por lo que no cabe conceptuarlo como salario "en especie". Cuando lo que ingresa en su patrimonio por esta causa 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, concepto este que se vincula más bien con la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios proporcionados por la empresa**».

A lo señalado anteriormente por la Jurisprudencia puede objetarse que si bien en el supuesto de que el trabajador perciba directamente dinero (lo que sucede en el caso de las SARs) no cabe duda de que estamos ante salario en metálico, cuando nos encontramos ante *stock options* en sentido estricto, las dudas son más que razonables ¹⁵⁶, pues en todo caso el trabajador percibe acciones, por más que ordene incluso anticipadamente la liquidación simultánea.

No obstante también debe precisarse que alguna razón tiene la doctrina legal expuesta en la matización que ofrece acerca de lo que es salario en metálico y en especie, pues efectivamente este último no se define por una simple contraposición al que se satisface en dinero, y no cabe duda que si las acciones se «realizan» (liquidan) inmediatamente, esto es al momento de ser percibidas, o se pueden «realizar» (vender) en bolsa de valores, se les debe atribuir el carácter de salario «no en especie», y por defecto en metálico, al beneficio correspondiente, como hace la Jurisprudencia.

3. La cuestión del valor intrínseco de las dirigidas a los trabajadores (*employee stock options*).

Retomando el tema que dejamos pendiente al principio de este apartado sobre si el valor intrínseco de las *stock options* podía considerarse salario, preciso es efectuar algunas reflexiones. Efectivamente, el concepto legal de salario, *ex* artículo 26 ET, hace referencia fundamentalmente al momento prestacional, lo que devuelve el tema al plano de la sinalagmaticidad, sinalagma genético y sinalagma funcional o, lo que es lo mismo, que los deberes de las partes nacen simultáneamente y se ejecutan correlativamente, y el mantenerse fiel (vinculado) a la empresa con normalidad productiva, o alcanzando la que se señale, se incorpora a la causa de la obligación, con lo que, hasta ese momento, no se da la reciprocidad requerida, al extremo que generalmente se ha venido admitiendo que no se debe el salario si no hay una recíproca prestación del trabajo requerido.

Semejante circunstancia no es óbice para que aquella doctrina legal califique de salario las acciones recibidas, las cantidades o beneficios percibidos en ejecución de los derechos opcionales cuyo titular es el trabajador en los supuestos en que se ha extinguido el contrato de trabajo, habiendo ya desaparecido la relación jurídico-laboral, porque la atribución efectuada trae su causa del con-

trato de trabajo y se trata de la mera actualización o ejecución de un derecho adquirido vigente la relación laboral. Pero este razonamiento y las afirmaciones, contenidas al principio de este apartado «casan mal» si no introducimos la nota de «evolutividad» que nos permita efectuar una interpretación correctora del precepto legal pertinente (art. 26 ET).

Una respuesta posible pasa por establecer el valor intrínseco de los derechos opcionales y que sólo eventualmente (teniendo en cuenta la marcha de los mercados) dejarán de tenerlo (aquel valor parece demostrado por la existencia, en todo caso, de una especie singular de «prima» o «prima teórica», como se dirá, y que aquél será normalmente superior cero) y desde ese mismo momento, esto es antes de lo que la Jurisprudencia denomina «materialización», y que es tanto como «ejecución de las opciones», por ese valor han de entenderse incluidos en el patrimonio del trabajador.

Es la doctrina legal indicada la que propicia semejante solución al afirmar que perfeccionado el contrato de opción con la concurrencia de las voluntades del empresario y del trabajador, «la empresa queda obligada, vinculada desde ese instante a respetar el derecho de optar del empleado».

Con ello ciertamente no se afirma que las cantidades obtenidas o las acciones recibidas hayan de tenerse por efectivamente percibidas antes de la llegada del término y de su ejecución, a voluntad del trabajador, que es quien ostenta el «derecho subjetivo de optar»¹⁵⁷.

Pero lo que sí se quiere significar es que ese mismo derecho es susceptible de valoración económica, esto es, tiene o puede tener un contenido patrimonial valorable en dinero, es el denominado «valor intrínseco» de las *stock options*, siendo éste el «beneficio cierto que podemos realizar en el momento presente por el hecho de poseerla»¹⁵⁸.

Ciertamente esta solución requiere que los derechos opcionales sean efectivamente transmisibles, lo cual no es frecuente, dado que los propósitos de fidelizar absolutamente (más allá de lo razonable) a los trabajadores y el lograr una estructura accionarial vinculada a la sociedad o al *management*, suelen constituir elementos muy arraigados en la implementación de los planes de *stock options*. Pero en la medida en que se vaya afianzando la era de la «economía financiera», pasando estos sistemas retributivos de la excepcionalidad a la habitualidad, y no tengan un peso tan significativo finalidades no remuneradoras *stricto sensu*, nada se opondrá a la posibilidad de transmitir los derechos opcionales, obteniendo el valor intrínseco correspondiente.

Presuponiendo la transmisibilidad antes aludida, la cuestión entonces se traslada al cálculo de la «prima». Para ello ha de repararse en que la inexistencia de prima *in pecunia*, para la suscripción de los derechos opcionales a los que venimos haciendo referencia se señala, con demasiada amplitud, que «no significa que la opción resulte gratuita para el beneficiario, en la medida en que subyace una contraprestación implícita, su propio trabajo»¹⁵⁹.

Pero la prima no puede reconducirse al trabajo cedido a cambio del salario *stock options*, pues el contrato de trabajo es un contrato de cambio, sino que habrá que fijarla en aquella parte del trabajo que se cede y no se paga (acudiendo a una vieja terminología, la «plusvalía» obtenida por el empresario), precisamente esa existencia es indiscutible porque el salario *stock options* no grada los parámetros de comutatividad tradicionales.

Lo indicado en el apartado anterior desde luego es discutible. Pero con más precisión debe atribuirse la cualidad de prima al sacrificio personal efectuado por el trabajador al mantenerse vinculado a la empresa, con la renuncia implícita que ello conlleva a la búsqueda de otros empleos mejor remunerados, nuevos trabajos más satisfactorios, no poder utilizar ese tiempo en su formación profesional, personal, ocio, etc., sin que pueda, no obstante, negarse la posibilidad de que se establezca una prima explícita ¹⁶⁰. Ha de considerarse en todo caso que estamos ante un salario de la era de la economía financiera y que por consiguiente las notas de sinalagmaticidad y conmutatividad se debilitan hasta pasar a ser casi testimoniales.

Volviendo sobre el planteamiento inicial en lo que constituya la «prima» satisfecha por el trabajador, resulta que a la «efectividad/productividad» del esfuerzo realizado por el trabajador en el desempeño de su tarea, se le puede asignar una porción, por mínima que fuere pero siempre presente, incluso asignada teóricamente, que no se remunera con las *stock options*, además aquellos otros extremos antes indicados, todo ello, al menos a estos efectos, puede considerarse la contraprestación o «prima», que ha satisfecho el trabajador a cambio de suscribir los derechos opcionales.

Consideraciones que se justifican porque en la característica reciprocidad (sinalagmaticidad y conmutatividad) inherente al contrato de trabajo, está implícita siempre, al menos teóricamente, la existencia de la «prima» en los términos antes dichos. Ha de repararse en que el empresario, en su actuar conforme a criterios de «economicidad», debe calcular el importe de aquella singular «prima», esto es del valor esperado de la «fidelización productiva», etc., del trabajador, que así se configura como un elemento esencial para el cálculo de los costes empresariales.

Establecida la existencia de aquella contraprestación «a modo de prima», se puede acudir a la teoría general de las opciones para definir, conforme a ella, la *stock option* como «un activo con un beneficio no realizado igual a su valor intrínseco» ¹⁶¹, que puede estar *in the money*, *out of the money* o *at the money*. Sin que la referencia al tipo europeo o americano sea un obstáculo insalvable para calcular y obtener un determinado beneficio, pues aun cuando la venta de la *stock option* modalidad europea no sea posible antes de la llegada del término de ejercicio, siempre se podrá acordar la venta a plazo del activo (acciones) subyacente, midiéndose aquél por la diferencia con el precio de ejercicio (*strike*) ¹⁶².

4. La determinación del valor de las *stock options*.

Inicialmente la Jurisprudencia, aun cuando de manera un tanto confusa, parecía referir el valor de las *stock options* a «las **cantidades obtenidas de la venta**, simultánea o inmediata, de las acciones, ejercitadas las *stock options* o, en su caso, a las acciones obtenidas».

Efectivamente la doctrina sentada en las SSTS de 24 y 25 de octubre de 2001, 4 de febrero, 10 y 11 de abril de 2002 señalaba que las «cantidades obtenidas de la venta o, en su caso, a las acciones obtenidas precio de venta» son «salario» justificando semejante apreciación en que si en el mismo

día de ejercicio de la opción se procede a la venta de las acciones sobre las que recae la opción del trabajador (...), el dinero ingresa directamente en el patrimonio del hasta entonces titular del derecho, y que cuando lo que ingresa en su patrimonio por esta causa son acciones de la empresa, su posibilidad de venta en bolsa de forma inmediata convierte al devengo también en salario.

La sentencia de 1 de octubre de 2002, discrepando de la valoración indicada, precisa que el carácter salarial o valor salarial de las *stock options* únicamente puede referirse:

A la «**utilidad patrimonial**» obtenida en el momento mismo de ejercicio del derecho opcional, «**constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio de ejercicio pactado**». Esto es «**al beneficio obtenido al adquirir la acción a un precio inferior al mercado**».

Aparecen así, en la valoración de las *stock options*, dos posiciones jurisprudenciales contrapuestas: «cantidades obtenidas» *versus* «utilidad patrimonial conseguida». De tal manera que si se atiende a la primera de aquellas valoraciones no hay cuestión alguna, se cuantifica el valor en la cantidad dineraria obtenida, según la moneda en curso legal en el país donde se ejecuten las *stock options* o la, en su caso, convenida.

Atendiendo al segundo de aquellos criterios de valoración, esto es a la «utilidad patrimonial» obtenida en el momento mismo de ejercicio del derecho opcional. Ésta, al decir de la doctrina sentada en la STS de 1 de octubre de 2002, vendrá «constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio de ejercicio pactado».

Sólo por esa utilidad estaremos ante una percepción salarial. Por los beneficios obtenidos por el trabajador como consecuencia de la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción, lo percibido ya no será salario sino plusvalía o beneficio obtenido por la enajenación de un bien propiedad del trabajador, pues

«no es, (...), lo mismo una pretensión que solicita (...) que se consideren salario las ventajas obtenidas por el trabajador en la venta de acciones que previamente adquirió ejercitando la opción concedida por la empresa y una prestación que pide que se otorgue esta consideración al beneficio obtenido al adquirir la acción a un precio inferior al mercado».

Precisando más aquella sentencia, con un criterio económico-financiero no irreprochable, afirma que «**de la opción pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas** que se manifiestan de manera sucesiva en el tiempo», y que no necesariamente siempre han de ser consideradas salario, pues «lo que caracteriza la opción es la facultad de adquirir un bien a un precio predeterminado (precio de ejercicio pactado) con independencia del precio que tenga en el mercado ese bien en el momento en que la opción se ejercita (precio de adquisición en el mercado). Tales ventajas, al decir de tal resolución judicial, se concretan de la siguiente manera:

- a) En la «**primera etapa**» la **utilidad patrimonial** obtenida en el momento mismo de ejercicio del derecho opcional, está «**constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio de ejercicio pactado, de forma que la opción no se ejercerá normalmente si este último es superior al primero**».

Añadiendo que además el trabajador, en todo caso, paga una prima, pues «el beneficiario debe realizar una contraprestación por la atribución de esa facultad de optar; contraprestación que si la opción fuese salario estaría constituida por los servicios del trabajador beneficiario al empresario concedente».

Por ello entiende la citada resolución que «hay aquí una relación directa de reciprocidad entre el sacrificio patrimonial del trabajador (la cesión de los frutos de su trabajo) y el sacrificio patrimonial del empresario (la venta de la acción a un precio inferior al de mercado) y son además estos sujetos los que quedan recíprocamente obligados». Consiguientemente aquella utilidad o beneficio es salario.

- b) La «**segunda etapa**» devendrá con la venta, en su caso, posterior de las acciones adquiridas». Efectuada la venta «la situación cambia» respecto de la citada en el apartado anterior, pues entonces estamos considerando «**los posibles beneficios obtenidos por el trabajador como consecuencia de la venta de las acciones que adquirió al ejercer la opción**».

En tal supuesto ya «no hay (...) relación entre empresario y trabajador, por tanto ese beneficio no es salario «pues este último obtiene el precio de las acciones, que ya eran suyas, de un tercero mediante un negocio jurídico mercantil en el que ya no tiene intervención alguna el empresario en cuanto tal; no hay conexión directa entre el beneficio patronal obtenido por el trabajador y el trabajo, pues ese beneficio se obtiene no por sus servicios, sino por la enajenación de un bien que ya es propiedad del trabajador».

En definitiva, según la doctrina establecida en esta última resolución jurisprudencial, para hallar el salario *stock options* habrán de realizarse al menos dos operaciones, siempre dentro de la primera de las etapas antes significadas.

La primera operación consiste en fijar el importe, en unidades monetarias de curso legal, de los derechos opcionales ejercitados, que vendrá dado tanto en el caso de liquidación por diferencias como, debe admitirse, si el trabajador ha dado la orden de vender simultáneamente al ejercicio del derecho opcional, por la cantidad acreditada o entregada al trabajador.

Pero si el trabajador, a resultas del ejercicio de su derecho opcional obtiene, siquiera sea por un momento, la titularidad de las acciones, reteniéndolas consiguientemente en su poder, aquel importe habrá de fijarse en el valor de cotización de los valores sobre los que se han ejercitado los derechos opcionales, según el ente o autoridad rectora en el mercado correspondiente, en el momento de ejercicio. Para ello no puede olvidarse que los valores cambian o pueden cambiar de valor de cotización durante una misma sesión del mercado, bien

que dentro de determinadas horquillas, al menos en los mercados oficiales. Si esos valores (acciones) no cotizan en ningún mercado (Bolsa de Valores), entonces su importe ha de calcularse pericialmente con relación al patrimonio social.

Una vez fijado aquel importe procede realizar la **segunda operación** que consiste en **deducir** del mismo **la cantidad que el trabajador ha tenido que satisfacer para el ejercicio de sus derechos opcionales**, lo que se denomina «precio de ejercicio» en su día pactado.

La doctrina sentada en aquella resolución judicial, no obstante su más ajustado criterio que la anteriormente establecida, no es irreprochable. Efectivamente tras haber aludido a la «prima», en tanto que alude a los sacrificios recíprocos de trabajador y empresario, y haberla fijado, incorrectamente, en la enajenación de los frutos del trabajo, pues éstos se ceden previamente y en tal caso habría que fijar la prima en el salario pactado, se desentiende de ella. Pero si se considerase correctamente la «prima teórica», en los términos ya vistos para el valor intrínseco de las *employee stock options*, a donde no remitimos, y si se parte de que el salario *stock options* es el «beneficio» obtenido, resulta que esa prima por su importe también habría de ponderarse a los efectos de calcularlo.

La sentencia pues determina lo que sea salario, ajustándose a los principios de sinalagmaticidad y comutatividad que inspiran el artículo 26 ET, y por lo tanto de acuerdo con los valores inherentes a la «era de la economía industrial» y no de la «era de economía las finanzas», incluso puede afirmarse que el tratamiento que da a la «prima teórica» no es irreprochable y consecuentemente el cálculo de lo que sea salario *stock options* tampoco.

Como conclusión de este apartado únicamente se puede constatar la existencia de una divergencia en la doctrina jurisprudencial, pero entendiendo que la última de aquellas sentencias modifica la Jurisprudencia anterior a su criterio debe estarse, el cual, por otra parte, sin ser irreprochable parece más ajustado a la realidad económico-financiera.

VI. LA EJECUCIÓN DE LOS DERECHOS OPCIONALES UNA VEZ EXTINGUIDO EL VÍNCULO LABORAL

Los planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores responden en su ejecución, por lo general, a la modalidad europea, no obstante pueden implementarse conforme a la modalidad americana, por más que sea infrecuente en nuestro país. Entonces el derecho de optar no puede ejercitarse hasta el momento fijado para ello en el plan, y siempre que, en principio la relación laboral esté vigente. Esta última circunstancia se suele exigir expresamente en el plan correspondiente, bien que con terminología imprecisa se aluda a que el trabajador esté en «alta» en la empresa, añadiéndose habitualmente, también en terminología cuestionable, que la facultad de ejecutar las *stock options* se pierde por «causar baja» en la empresa. No obstante aun cuando no lo estuviera habría que considerarla habida cuenta de los fines que ordinariamente se propone el empresario con la implementación del plan de *stock options*.

Deteniéndonos únicamente en aquellos que se corresponden con la modalidad europea, único supuesto tratado jurisprudencialmente, resulta que en ellos se exagera la importancia del término, constituyéndose a los efectos de este apartado, en el elemento más trascendente. Según la Jurisprudencia ha de tenerse presente que sólo una vez cumplido el término, ejercitada la opción y comunicada dicha circunstancia al concedente, «es cuando se extingue o queda consumada ésta y se perfecciona el contrato de compraventa»¹⁶³.

La exigencia de la actualidad del vínculo laboral al momento del ejercicio de las *stock options*, naturalmente ha de admitir, conforme a la tradición jurídica occidental, excepciones que, sin alterar en absoluto su carácter de negocio sometido a término, son exigencia del conjunto de valores éticos propios de un sistema democrático de relaciones industriales.

Los planes de *stock options* suelen contemplar determinadas situaciones en las que la ruptura o inexistencia del vínculo laboral es irrelevante a los efectos de poder ejercitar las *stock options*, bien que con el objetivo, las más de las veces, de acotar y limitar los supuestos correspondientes. Restricciones que no siempre son admisibles ni impiden que tengan eficacia otras situaciones no contempladas en el plan, señaladamente el despido improcedente, que por el propósito fidelizador, perseguido por el empresario, no se encuentra, normalmente, entre aquellos supuestos.

La Jurisprudencia ha sido contundente al analizar determinados supuestos de ruptura o inexistencia del vínculo contractual laboral que, ciertamente previstos en los planes correspondientes a los supuestos de hecho contemplados, en absoluto afectaban a la posibilidad de ejercicio del derecho opcional. Lo más realmente relevante es que aquella doctrina legal procura una fundamentación tal al derecho/facultad de ejecutar que, aun cuando no estuvieran expresamente previstos en el plan correspondiente, habrían de admitirse en tales supuestos y otros a los que extiende y aplica aquel razonamiento, la posibilidad de ejecución de los derechos opcionales aun no vigente la relación laboral.

Indica la Jurisprudencia que **cuando la baja del trabajador en la empresa se produce antes de que se pudiera ejercitar la opción y fuese debida a:**

- a) incapacidad**
- b) fallecimiento, o**
- c) jubilación,**

«el momento de ejercicio no cambia», pero se permite que bien por los interesados, bien por sus herederos, se lleve a cabo en los términos pactados, «como si la relación laboral continuase viva». Aquella doctrina legal fundamenta tal afirmación en las siguientes consideraciones:

- a) El «elemento subjetivo constituido por la exigencia de que sea un trabajador de la empresa que ha suscrito el plan adhiriéndose al mismo el que ejercita el derecho estando en la empresa, se configura como un elemento inicial».

- b) El «ejercicio consiste en una "declaración unilateral recepticia" que, "unida a la que en su día emitió el concedente, integra el consentimiento del contrato definitivo" ¹⁶⁴, llevado a efecto "conforme a la naturaleza del negocio opcional y del contrato definitivo"» ¹⁶⁵.
- c) La «exclusión del derecho referida a "causar baja en la empresa" tiene un alcance que sólo cabe contemplar desde la perspectiva de la voluntariedad del propio trabajador, que sabe que si se marcha de la empresa –salvo jubilación, muerte o incapacidad– perderá su derecho».

Según la doctrina legal expuesta en aquellos supuestos excepcionales, antes enumerados y que suelen ser los únicos habitualmente previstos en los planes de *stock options*, el derecho de opción se mantiene, pero sin alterar el plazo o término de vencimiento. Pues, al decir de aquella Jurisprudencia, no se trata de que en tales situaciones se produzca un vencimiento anticipado pudiendo ejercitarse el derecho opcional por su «valor intrínseco actual», sino, únicamente, que se mantiene el derecho y que podrá ejercitarse, una vez llegado el término, por el propio trabajador o por sus herederos ¹⁶⁶.

Como se indicó, los planes de *stock options*, dado que el principal propósito del empresario al implementarlos suele ser la procura de la «fidelización» del trabajador, normalmente no contemplan entre las circunstancias excepcionales que permiten la ejecución de los derechos opcionales, extinguida la relación laboral, el supuesto de **despido improcedente** del trabajador beneficiario.

Ha de repararse en que si el fallecimiento del trabajador, la incapacidad, siempre que no sea temporal sino permanente y más allá del grado de parcial (total para la profesión habitual, absoluta o gran invalidez), así como la jubilación extinguen el contrato de trabajo y la relación laboral, con la consecuente desaparición de las obligaciones derivadas del mismo, la prestación del trabajo y el pago del salario, lo mismo acontece con el despido declarado posteriormente improcedente ¹⁶⁷.

La doctrina legal, consecuente con sus apreciaciones tanto sobre el carácter vinculante del «negocio jurídico complejo» de *stock options* como sobre la pérdida de tal complemento retributivo únicamente por voluntad del propio trabajador («la exclusión del derecho referida a "causar baja en la empresa" tiene un alcance que sólo cabe contemplar desde la perspectiva de la voluntariedad del propio trabajador») afirma lo siguiente:

Que «**el despido improcedente del trabajador**, "admitido como tal por la empresa y practicado unos meses antes de que el trabajador pudiese ejercitar ese derecho de opción (...) **no puede constituir un hecho indiferente [] y ha de ser valorado como una conducta unilateral de la obligada por la oferta (sic)**", seguida con el propósito de "**situarse en condiciones tales que se impide, o al menos se trata de impedir, el ejercicio de tal derecho**, o lo que es lo mismo, (...se produce) un suceso –el despido improcedente– por propia voluntad de la empresa con el que se trata de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el momento de la suscripción del contrato de opción", y por ello, "**ha de equipararse esa situación a aquellas otras previstas en las estipulaciones pactadas en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y, en menor medida, la jubilación, se permite al titular o a sus herederos ejercitar el derecho**».

El tratamiento que se otorgaba en los planes objeto de atención en las sentencias conformadoras de la Jurisprudencia de continua alusión a las situaciones excepcionales referidas de fallecimiento, incapacidad que extinga la relación laboral y jubilación (supuestos en los que la extinción de la relación laboral no se produce por voluntad del trabajador o por ejercicio de un derecho social básico), llevó a la Jurisprudencia a considerarlo analógicamente aplicable al despido improcedente, en tanto que suponía (identidad de razón) la extinción de la relación laboral sin intervención y aun en contra de la voluntad del trabajador.

En el despido improcedente no cabe duda que la «desvinculación» del trabajador de la empresa no puede imputarse al trabajador, sino al empresario, y ha de reconocerse que acreditan el despido improcedente tanto la sentencia judicial, definitiva y firme, que lo declare (salvo que el ejercicio del derecho opcional venza antes en cuyo caso ha de considerarse suficiente el fallo de instancia, en cuanto se produzca), como la confesión o reconocimiento empresarial, con eficacia suficiente, esto es en conciliación administrativa o judicial, de que se ha producido el despido y así como de su improcedencia.

Cuando el trabajador se aquieta al despido o no interpone en el plazo legalmente señalado (20 días hábiles) la acción correspondiente, produciéndose la caducidad de la misma, el despido no puede considerarse improcedente, pero tampoco procedente a los efectos que interesan. En tal caso ha de cuestionarse qué ocurre si el empresario reconoce, privadamente o ante fedatario público, que la ruptura del vínculo laboral no ha sido imputable al trabajador. De acuerdo con lo expuesto en tal caso no debería el trabajador perder su derecho de opción, y no es argumento en contra la posibilidad del fraude, pues éste ha de demostrarse.

Además de la extinción de la relación laboral en los supuestos contemplados, sucede que aquella también se extingue en otros supuestos, y puede sufrir diferentes vicisitudes a lo largo de su existencia, con suspensiones de su eficacia de diferente alcance. Todos esos supuestos deben ser objeto de atención. Pero para ello ha de comenzarse por recordar que el «negocio jurídico complejo» de *stock option*, por su imbricación en la relación laboral, seguirá, con carácter general, las vicisitudes de la misma. Una vez concluido aquel negocio jurídico, el derecho de opción, en cuanto que retribución, nace del contrato de trabajo, de la relación laboral misma.

También debe señalarse que tal complemento retributivo tiene una relativa independencia dentro del contrato de trabajo, pudiendo seguir sus propias vicisitudes sin identificarse con las que sufra la relación laboral. En consecuencia, dependerá de la propia configuración que del complemento retributivo se lleve a cabo en el plan correspondiente, para que extinguido el contrato de trabajo o suspendidas sus obligaciones características, se deban considerar también extinguidos los derechos opcionales.

El plan puede establecer al respecto lo que le parezca oportuno, que si no se extingue el derecho opcional, será lícito y vinculará al empresario, si se mantiene la relación laboral, o porque trae causa de la misma si aquella se hubiere extinguido. Pero tanto si el plan se excede en lo que le es lícito establecer, como si no contempla tales vicisitudes de la relación laboral, ha de plantearse qué sucede en cada caso.

Ha de partirse de que la relación crediticia se constituye y existe desde el momento mismo en que se hace público el «plan» por el empresario al menos como un interés legítimo que ha de respetarse y que el derecho subjetivo del trabajador surge, sin duda, desde que se concluye el contrato de opción, por más que la Jurisprudencia, no irreflexivamente y en una probablemente excesiva concepción prestacional del salario, haya establecido que las *stock options*, en cuanto que salario, no ingresan en el patrimonio del trabajador hasta el momento de su ejecución, pues ese derecho se incorpora al patrimonio del trabajador desde el momento en que lleve a cabo la «suscripción».

Otra cuestión es que, en cuanto derecho cuya ejecución está sujeta a término haya de sobrevenir el mismo, para que pueda efectivamente llevarse a cabo su ejercicio, poniéndolo en conocimiento, dentro del citado término, del empresario ¹⁶⁸.

Dado que la principal razón que, de ordinario, motiva al empresario a establecer tal sistema retributivo es precisamente el de la fidelización del trabajador, dicha circunstancia queda incorporada a la propia causa del «negocio complejo» mediante el que tal complemento retributivo se establece, viniendo a constituirse en un elemento estructural del mismo el que el trabajador se mantenga voluntariamente vinculado a la empresa hasta el momento de la ejecución del derecho. De ahí que si el trabajador deja de ser «fiel», en el sentido de permanecer vinculado a la empresa, falla uno de sus elementos estructurales, que ha de cumplirse durante su vigencia, y por eso se pierde y no se puede ejercitar el derecho. Llega el término pero no se ha mantenido la «fidelidad» al empresario ¹⁶⁹.

Cuestión diferente es el supuesto en que esa desvinculación del empresario se haya producido por un acto involuntario del trabajador, esto es por fallecimiento, incapacidad invalidante y despido improcedente ¹⁷⁰, o por el ejercicio de un derecho social básico, en el supuesto de jubilación. En ninguno de esos supuestos se ha alterado la fidelidad del trabajador al empresario, ni siquiera en el de jubilación, porque no puede cuestionarse por el empresario la vigencia de un derecho social fundamental, cuyo ejercicio en ningún caso puede tomarse como ruptura de una actitud «fiel» del trabajador. Por ello, en esos supuestos, el derecho y la posibilidad de su ejecución perviven sometidos exclusivamente a la llegada del término ¹⁷¹.

No procede entrar en más consideraciones acerca de una institución tan rica y compleja como la del despido improcedente ¹⁷². Baste precisar que el hecho de ser «admitido como tal por la empresa», en trámite de conciliación administrativa ¹⁷³, o establecido en sentencia, carece de trascendencia sobre la teoría general de tal despido en lo que interesa, y que en nuestro ordenamiento jurídico el despido es causal, salvo los supuestos singulares del despido, denominado «desistimiento del empresario», que admiten algunos regímenes laborales especiales, circunstancia que empero para nada afecta a la involuntariedad del mismo respecto del trabajador.

Que el sistema jurídico configure el «despido» como la atribución a una de las partes (precisamente el empresario) de la facultad de resolver el contrato de trabajo mediante un acto unilateral y sin necesidad de justificación alguna, discrecionalmente, dependiente sólo de su libérrima voluntad, y que no mantiene paralelismo alguno con la facultad del trabajador sólo de instar la resolución del contrato cuando concurra una «causa» adecuada (con el único límite de no poder violentar deter-

minados derechos fundamentales y libertades públicas ¹⁷⁴), no supone que ese mismo sistema jurídico permita que tan «extraordinaria y extravagante facultad», que contradice la máxima contractual de nuestro derecho histórico, trascienda al patrimonio del trabajador, despojándolo, cual si de una expropiación se tratase, de un derecho subjetivo perfecto, al excluir la posibilidad del ejercicio de las *stock options*.

La indemnización que para el supuesto de despido improcedente predetermina la ley satisface los daños derivados de la ruptura arbitraria del contrato de trabajo, al mantenerse en estos casos el derecho a ejercitar los derechos opcionales, la cuestión de si las *stock options* a pesar de mantenerse el derecho a ejercitarlas debieran computarse a los efectos del cálculo de la base indemnizatoria, es discutible, pues no es seguro que si así se hiciera se estuviese produciendo una doble indemnización de un solo daño.

Aquella doctrina legal mantiene el derecho a ejercitar las *stock options* recurriendo a la teoría general de obligaciones y contratos. Efectivamente según indica el despido improcedente debe ser valorado como una conducta unilateral del obligado por el derecho opcional (el empresario) en cuya virtud puede impedir el ejercicio del propio derecho por su titular (el trabajador), «o lo que es lo mismo, produciendo un suceso –el despido improcedente– por propia voluntad de la empresa con el que se trata de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el momento de la suscripción del contrato de opción». Concluyendo que la razón de tal prohibición ha de hallarse en el hecho de que la empresa no puede unilateralmente neutralizar, dejar sin efecto el contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita, y, menos aún con causa reconocidamente no ajustada a derecho, pues de esa forma infringiría de manera evidente el artículo 1.256 del Código Civil ¹⁷⁵. Esto es,

«Se trata,(...), de una actuación de la empresa –el despido– reconocidamente injusta o improcedente, con la que ciertamente se pretende introducir una causa, un factor de incumplimiento del contrato de opción, contraviniendo así el artículo 1.256 del Código Civil, con arreglo al que no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de los contratos».

La doctrina legal expuesta puede pretenderse aplicar a los demás supuestos de resolución del contrato por causas imputables al empresario, como son los de despido colectivo, despido por causas objetivas, de extinción por «fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo» y de prejubilación ¹⁷⁶. En todos ellos el trabajador, aplicando *pari passu* las razones expuestas anteriormente, deberá poder ejecutar sus derechos opcionales.

En aquellos otros supuestos en los que la extinción de la relación laboral se deba a un acto voluntario del trabajador o traiga causa en una «causa justa» suficiente que le sea imputable, así los casos de abandono del puesto de trabajo y el despido procedente, la pérdida del derecho opcional parece razonable, bien porque no se considere presente aquella identidad de razón, bien razonando a *contrario sensu* (criterio, este último, siempre más que discutible).

Con fundamento en la misma teoría general, resulta que en el supuesto de despido procedente se ha dado una «causa» que el ordenamiento considera bastante para que el empresario pueda romper el vínculo jurídico que le une al trabajador. Esto es, se ha producido un incumplimiento por parte del trabajador suficientemente caracterizado, culpable y grave, de sus obligaciones dimanantes del contrato que justifica la ruptura de la relación laboral, y al suponer la culpabilidad voluntariedad, por la conexión causal existente el ordenamiento jurídico ampara la extinción del negocio de opción.

En los supuestos de extinción del contrato por mutuo acuerdo o si se llegase a una transacción judicial, siempre posible en el ámbito laboral sin violentar derechos irrenunciables del trabajador, deberá estarse a los términos del acuerdo o transacción, debiendo entonces considerarse perfectamente compatible el que el trabajador reconozca la existencia de la «justa causa» resolutoria del contrato y que el empresario aun no mediando indemnización alguna le reconozca el derecho a la ejecución de los derechos opcionales que tuviere suscritos, y que pueden llegar a significar un montante incluso muy superior a cualquier indemnización que por la extinción del contrato pudiera corresponderle.

Los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, de por sí, no contradicen el propósito fidelizador que con la implementación del plan de *stock options* el empresario, generalmente, se propone lograr, pues se mantiene vigente el vínculo laboral.

No obstante es posible concebir supuestos en los que la suspensión «podría ser de índole puramente formal, pero equivale de hecho a una resolución, sin que el trabajador tuviera en la práctica la posibilidad de reincorporarse al trabajo y sin que subsistiera ninguna obligación residual para ninguna de las partes»¹⁷⁷, o «las obligaciones subsistentes podrían carecer de toda relación con el ámbito del trabajo»¹⁷⁸, o incluso «la suspensión y sus condiciones podrían sustituir plenamente la relación laboral por la de otro tipo diferente, como sucede en una situación en que el trabajador por cuenta ajena se convierte en contratista independiente externo que presta sus servicios en un marco diferente»¹⁷⁹.

En los supuestos indicados anteriormente parece que, salvo acuerdo en contrario entre el empresario y el trabajador, debe entenderse decaído o renunciado válidamente el derecho a ejercitar sus derechos opcionales.

Respuesta distinta merece el supuesto en que «subsisten obligaciones típicas de un contrato de trabajo, cuando se contempla la posibilidad de reactivar la obligación característica de realizar un trabajo en ese contexto y cuando ninguna otra relación ha desplazado o prevalecido sobre el vínculo original entre el empresario y el trabajador»¹⁸⁰. En tal caso debe reconocerse al trabajador la posibilidad de ejercitar sus derechos opcionales.

VII. LA CUESTIÓN DEL CÁLCULO DE LAS *STOCK OPTIONS* PARA EL CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO

Según la doctrina legal a la que nos venimos refiriendo las *stock options* «serán valorables, en su caso, a efectos de cuantificar la indemnización por despido prevista en el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores».

Advirtiéndose por aquella doctrina legal que únicamente se computarán en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido aquellas cantidades que hubiesen ingresado en el patrimonio del trabajador por haber ejercitado éste las opciones en momento anterior al despido, sin que la siguiente precisión «salvo que, se acreditara que la empresa hubiese actuado en fraude de ley practicando el despido con la finalidad de impedir que el trabajador ejercitase la referida opción», influya en aquella interpretación ¹⁸¹.

Establecido, con discutible fortuna, que las opciones tienen que ejercitarse, se despeja la duda de si el valor intrínseco o el valor teórico actualizado, pudiera tomarse en consideración a los efectos del cálculo de la base indemnizatoria pertinente.

No obstante quedaban por precisarse determinados y concretos extremos, pero de la máxima trascendencia práctica, relativos al cálculo de aquellas indemnizaciones cuando hubieran de computarse *stock options* ejercitadas. Probablemente el más acuciente y de importancia excepcional, utilizando un lenguaje contable de innegable utilidad al caso, era el de si debían «periodificarse» las *stock options* cuando ejercitadas en un momento determinado sin embargo se hubieran devengado por la prestación de servicios a lo largo de un amplio período de tiempo, bien porque se especificase así en el plan correspondiente o porque pudiera inducirse claramente de su implementación.

Si la respuesta fuera positiva y si ese lapso temporal de prestación de servicios en atención al que se otorgasen las *stock options* fuese superior al período de tiempo que habría que tomarse como base del cálculo de la indemnización pertinente, o no coincidiese en absoluto con el mismo, por más que el momento de su ejercicio sí quedase dentro de aquel período únicamente se tomarían en cuenta por la parte comprendida (periodificada) en ese período o en absoluto se considerarían si ningún período quedase comprendido dentro del que hubiera de considerarse para calcular la base indemnizatoria pertinente.

Por el contrario si la respuesta fuera negativa, esto es, no existiera la obligación de «periodificar» aquellos devengos salariales «*stock options*», entonces deberían tomarse en consideración por la totalidad de su importe si el momento de ejercicio quedase dentro del que debiera tomarse en consideración a los efectos de calcular la base indemnizatoria.

En una perspectiva tradicional del salario el tema resultaría difícilmente soluble. Pero si tomamos en consideración que se trata de una retribución salarial propia de las economías actuales de los países más desarrollados, en las que priman los elementos financieros sobre los productivos («era de la economía financiera»), en la que aquellas notas que se atribuían característicamente al salario se han flexibilizado y matizado extraordinariamente, por no decir que han desaparecido, la cuestión sí parece tener solución.

Los planes de *stock options* se establecen por los empresarios de acuerdo, en su caso, con los trabajadores, con el propósito generalmente principal de fidelizar a quienes van dirigidos, procurando normalmente el aumento del «valor de la empresa» vía, en su caso, incremento de la productividad y el ahorro de costes, sin perjuicio de que puedan perseguir otros objetivos. Al empresario

en cuanto que las *stock options* son salario corresponde ponderar sus ventajas e inconvenientes al establecerlos. Los trabajadores pueden suscribirlos o rechazar tal posibilidad, mientras que el empresario establecido el plan asume una posición jurídica que le impide desligarse sin más del plan propuesto ¹⁸². Por todo ello y afirmado por la Jurisprudencia:

- a) que han de integrarse en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido las utilidades (medidas en unidades monetarias) obtenidas por el ejercicio por el trabajador beneficiario de las *stock options*.
- b) que lo relevante es el momento de ejercicio de las *stock options*, lo que implícitamente supone que en absoluto hay «periodificación» de los beneficios obtenidos con aquel ejercicio.

Percibidas, acreditadas o debidas aquellas utilidades, por el ejercicio de las *stock options* situado dentro del período a computar para el cálculo de la base indemnizatoria pertinente, han de integrarse en la misma, pues en ese momento es cuando aquel valor diferencial habrá ingresado en el patrimonio del trabajador, sin que existan términos hábiles para imputarlo a un período diferente en el tiempo.

NOTAS

- ¹ Su origen se establece a mediados de los años 80 en sociedades cotizadas en la Bolsa de New York (*New York Stock Exchange*, NYSE), el mayor mercado bursátil del mundo. Ubicado en el núm. 11 de Wall Street, calle por la que se la conoce generalmente en el lenguaje coloquial, y que ha incrementado su liderazgo mundial, con la implicación en el mismo del NASDAQ.
- ² Vid. SÁNCHEZ CALERO F., «Sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, pp. 276-277.
En la «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles» (PCSM), aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de codificación, siendo ponentes SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., se establece en el artículo 427, incluido en el Título IV del Libro III «De las sociedades cotizadas», que el cargo de administrador «será necesariamente retribuido», por el contrario de lo que sucede para los administradores en general *ex* artículo 119, y en el artículo 428 se establece que «los estatutos sociales podrán autorizar que, como complemento de la retribución a que se refiere el artículo anterior, la junta general de accionistas acuerde remunerar a los miembros del consejo de administración mediante (...) la concesión de derechos de opción de compra de las mismas (acciones de la propia sociedad) en condiciones determinadas».
- ³ MOLINA NAVARRETE, C., «La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?», *RTSS* (Estudios Financieros) núm. 229, abril 2002, p. 63.
- ⁴ Junto al tipo general o básico de *stock options* (ESOPs) aparecen los llamados *stock appreciation rights* o SARs, también denominados «bonos de revalorización diferencial, de plusvalía o de rentabilidad accionarial», que no siempre otorgan derecho a entrega de acciones sino, generalmente, a que el trabajador pueda liquidar por diferencias de cotización (u otras valoraciones) al vencimiento. Circunstancia que produce dudas en cuanto a la posible existencia de un derecho de opción, según su concepción civil general, especialmente si la liquidación es «automática» si bien, generalmente se consideran modalidades de *stock options* y no figuras afines a las mismas. Por el contrario, se consideran figuras afines:
 - a) Las denominadas *phantom stock* (acciones fantasma).
 - b) Las *options on phantom stock* (opciones de compra de acciones fantasma), que dan derecho a una determinada retribución según el valor de cotización (u otras valoraciones) alcanzado por las acciones de la sociedad-empresario (u otra sociedad o un valor notional) se suelen incluir entre las figuras afines.

- c) Las *performance shares*, que procuran la entrega de acciones constituyendo una retribución por objetivos, de tal manera que la cotización de las mismas es indiferente.
- d) Los *vesting rights stock*, en los que no existen derechos de opción propiamente dichos, sino entrega de acciones poniendo la percepción de los derechos económicos derivados de las mismas, básicamente el dividendo, a la fidelización a la empresa durante un determinado período de tiempo.

Más alejadas aún del modelo básico de *stock options* se encuentran los llamados activos teóricos o ficticios, denominados generalmente *tracking stock*, *targeted stock*, *mirror stock* y *alphabet stock*, que se asocian a capitales virtuales.

Atendiendo a otros criterios clasificatorios puede distinguirse: a) *Premium options*; b) *Performance-vested options*; c) *Repriced stock options*; d) *Purchased options*; *Renewable options*, y, e) *Indexed options*.

Extramuros de los sistemas de planes de *stock options* y sistemas afines quedan toda una serie de sistemas de incentivos que, bien están basados en la entrega de acciones o participaciones (*equity linked incentive plans*) que no atribuyen directamente a los trabajadores los derechos opcionales, sino que implican la compraventa directa de acciones o participaciones de la sociedad-empresario (con estructuras basadas en el otorgamiento de derechos de opción de compra y venta recíprocos entre los trabajadores y la sociedad-empresario), o bien utilizan «vehículos societarios interpuestos», a los que les son atribuidos directamente los derechos opcionales a la compra de acciones o las acciones mismas (previendo sistemas complejos de adquisición y pérdida de la condición de socio de tales sociedades instrumentales por parte de los trabajadores).

Si bien la causa última de la implementación de estos últimos sistemas indicados sería compartida con la de las *stock options* y sistemas afines, dados los términos de nuestro sistema jurídico laboral difícilmente podrían ser considerados salario, especialmente cuando el propio trabajador asume algún riesgo de quebranto patrimonial por razón de su propia participación en dicho esquema.

- ⁵ Supuestos de hecho de las SSTs, Sala Cuarta, de 24 y 25 de octubre de 2001.
- ⁶ Por más que la Exposición de Motivos de la reciente Ley 44/2002, de 22 de diciembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, se inicie con una loa al sistema de economía productiva.
- ⁷ No basta con la adaptación de las instituciones vigentes, así puede observarse que la aplicación de la teoría general de los «títulos-valores» a los «valores» representados mediante el sistema de «anotación en cuenta», se ha mostrado absolutamente insuficiente. Bien que, por lo de ahora, sólo estemos «presenciando las primeras etapas de la Era de las Finanzas, un período histórico caracterizado por la fuerza rectora de las actividades financieras, las cuestiones estratégico-financieras e, incluso, los valores morales asociados a las finanzas» (FONTELA, E., *El empresario del siglo XXI*, Ediciones Pirámide, Madrid 2000, p. 10). Se ha significado, con indudable acierto, que «en este nuevo modelo económico todo parece indicar que las finanzas han sustituido a la industria en su papel de líder de la actividad económica, que mantuvo desde la Revolución Industrial, hasta comienzo de los años 70, del siglo XX. Esto significa que las finanzas han sustituido o están sustituyendo a la industria y los valores que presiden el nuevo modelo de desarrollo económico» (PRIETO PÉREZ, E., «La Era de las Finanzas - Mercados Financieros y Globalización», Real Academia de Doctores, Madrid 2002, p. 6).
- ⁸ La trascendencia del paso de la era industrial a la era de las finanzas, pórtico de todos los cambios jurídicos iniciados y por venir, se expone, con precisión, en los términos siguientes: «En la Era de la Industria, la posición dominante de la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de empresas, portadores del espíritu de empresa. Las Finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno; sin embargo, su papel no era de liderazgo, considerándose que estaban al servicio de las empresas, de modo que para el sistema productivo la actividad financiera era un sector de servicios como otros muchos. La transformación operada en los últimos veinte años supone la inversión de posiciones. En la Era de las Finanzas, éstas asumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores. El beneficio ya no es necesariamente una consecuencia de una mejor y mayor producción de bienes y servicios, no requiriendo del espíritu de empresa. En la concepción financiera del beneficio, éste aparece como el resultado de decisiones financieras (de Inversiones y Financiación), operaciones financieras y especulativas» [PRIETO PÉREZ, E., *opus cit.* (La Era de las Finanzas - Mercados Financieros y Globalización), pp. 12-13].
- ⁹ Siendo ejemplo al respecto precisamente el «sistema financiero» (conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de los cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando (oferta) dinero u otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda), según la definición dada por la Sentencia 133/1997, de 16 de julio de 1997, del Tribunal Constitucional (Pleno), que además, precisa: «El concepto de mercado de valores no se entiende si no es integrado en el concepto más amplio de "sistema financiero" del que forma parte (...) el mercado de valores no es sino un elemento o parte integrante del sistema financiero. En concreto aquel que comprende las operaciones de colocación y de financiación a largo plazo así como las instituciones que efectúan principalmente estas operaciones. Más específicamente aún, el elemento definidor del mercado de valores lo constituyen los valores negociables –representados por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos– emitidos por personas o entidades públicas

- o privadas, y agrupados en emisiones»). La economía financiera ha logrado un «estatus global e irreversible», desafiando el marco institucional existente de relaciones industriales propio del sistema de la «era industrial» [PRIETO PÉREZ, E., *opus cit.* (La Era de las Finanzas – Mercados Financieros y Globalización), pp. 12-13].
- 10 SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores. Artículos 123 a 143», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. IV, Edersa, Madrid 1994, p. 21.
- 11 *Vid.* TAPIA HERMIDA, A., «Un nuevo modelo de prestación de trabajo por cuenta ajena: la actividad gestora de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas», *RTSS* (Estudios Financieros), núms. 209-210, agosto-septiembre 2000, pp. 67 y ss.; también «El administrador social que trabaja para una sociedad anónima, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios», en *Derecho de Sociedades - Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, T. II, McGraw-Hill, Madrid 2002, pp. 1.541 ss.; *vid.* PEDRAZZOLI, M., «El trabajo que cambia: problemas de calificación y método», *RFDCU* núm. 14 (monográfico), pp. 111-123; RUIZ DEL CASTILLO, M. M., «Delimitación subjetiva del derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado», *RL*, 1991 II, pp. 135-188.
- 12 El artículo 6 del Código de Buen Gobierno elaborado por la CNMV que lleva el expresivo título de «creación de valor para el accionista» establece: «El criterio que ha de presidir en todo momento la actuación del Consejo de Administración es la **maximización del valor de la empresa**», y en el apartado a) del punto 2 del mismo artículo: «La planificación de la empresa debe centrarse en la obtención de ganancias seguras y en la **maximización de los flujos de caja a largo plazo**». En los artículos 28 y 29 se ocupan de la retribución de los consejeros, disponiéndose en el punto 2 del primero de aquellos preceptos que el Consejo debe procurar que «una parte significativa (de la retribución) se halle vinculada a los rendimientos de la compañía» y en el punto 3 que «la retribución de cada consejero será plenamente transparente».
- 13 En el apartado 1.3 del Informe Olivencia se indica que «el buen gobierno de las sociedades reclama una clara definición de los fines que debe perseguir la administración de la sociedad. (...) la llamada solución "financiera" es la más adecuada para que haya un ejercicio efectivo y preciso del principio de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversionistas (...). Por ello recomendamos establecer como objetivo último de la compañía y, consiguientemente, **como criterio que debe presidir la actuación del Consejo, la maximalización del valor de la empresa o, para decirlo en términos que han arraigado en los medios financieros, la creación de valor para el accionista**», bien que a continuación, en el mismo punto matice aquella observación con la precisión siguiente: «Pero esto no significa que el consejo y la dirección de la compañía, hayan de perseguir los intereses de los accionistas a cualquier precio, desconsiderando o considerando insuficientemente los que atañen a otros grupos implicados en la empresa y en la propia comunidad en la que ésta se ubica. En este sentido, en interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho (...) cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales explícitas o implícitas concertadas con otros interesados (trabajadores, proveedores, acreedores, clientes) y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios».
- 14 Indica GUERRA MARTÍN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses*, Aranzadi, Pamplona 2003, pp. 185-186, «En 1973 como consecuencia de los escándalos gubernativos conocidos como el caso Watergate y de las investigaciones que en relación con los mismos se llevaron a cabo, se descubrió que algunas sociedades estadounidenses habían realizado durante los años anteriores contribuciones ilegales a la financiación de la campaña electoral del Presidente Nixon, así como pago de sobornos a altas personalidades de gobiernos extranjeros. Ante estos hechos la SEC anunció un período de amnistía durante el cual aquellas sociedades que voluntariamente hicieran pública la comisión de actos ilegales no serían investigadas por este organismo. Muchas sociedades procedieron, entonces, a realizar una investigación interna sobre sus propias actividades e informaron públicamente, en lo que supuso una serie de revelaciones realmente impactantes para la opinión pública, sobre un número elevado de casos de conducta ilegal o al menos cuestionable desde un punto de vista ético. Estas revelaciones crearon la conciencia generalizada de que las prácticas de gobierno y dirección de las sociedades cotizadas y las medidas de control del *management* establecidas, tanto por los legisladores, organismos supervisores, mercados, como por las propias sociedades, eran inadecuadas e ineficaces y de que resultaba necesario proceder a su revisión, bien a través de reformas legislativas, bien a través de la regulación de la SEC. Como respuesta inmediata a estos hechos, el legislador federal promulgó en 1977 el Foreign Corrupt Practices Act (...)».
- 15 OLIVENCIA RUIZ, M., «El Gobierno de las Sociedades», en *Derecho de Sociedades-Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, T. II, McGraw-Hill, Madrid 2002, pp. 1.777 ss.; *Vid.* en la misma obra colectiva PAZ-ARES, C., «El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa», pp. 1.805 ss.
- 16 Apartado 7.4.
- 17 En cuanto el Informe Olivencia y Código de Buen Gobierno, ha de destacarse, conforme a las indicaciones del Gobierno a la comisión correspondiente, su «carácter voluntario», de tal manera que «sus reglas no definen lo lícito o lo ilícito, ni es de esencia su contenido moral, muchas de ellas, por el contrario, son moralmente neutras». Esto es, «el texto se limi-

ta a considerar la toma en consideración; las medidas concretas se introducen en segundo grado, en una oración subordinada precedida del vocablo "que" y enunciada en subjuntivo, lo que expresa simple posibilidad (...). Se trata de una originalidad gramatical del modelo español, que no tiene parangón literal en otros», si bien «en el sistema "europeo continental", el Código de buen gobierno español no es una excepción en la "cultura jurídica" de esta área». [OLIVENCIA RUIZ, M., *opus cit.* («El Gobierno de las Sociedades»), pp. 1.781-1.782, 1.801 y 1.799]. Aun cuando «un tema clave en todo el documento (...) es la justa solución de los conflictos entre el administrador y la sociedad (...) naturalmente, más importancia que las soluciones que el Código de Buen gobierno recomienda en cada caso, tienen los principios en que se inspiran. Y en ese plano de los principios, (...) el primario es el de "cuenta y razón", esto es, el que somete a los administradores a un deber cuyo cumplimiento exige información y transparencia, y cuyo incumplimiento desata responsabilidad: y no se trata sólo de una rendición contable, sino de conducta, del modo en que se ha gestionado (...) y de cómo han actuado los gestores».

- 18 El término «implicación» es polisémico. Aquella expresión «**implicación de los trabajadores**» ha sido puesta de máxima actualidad por el **Reglamento (CE) n.º 2157/2001** del Consejo, de 8 de octubre de 2001 (DOCE L-294 de 19-11-2001) por el que se aprueba el **estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)**, y muy especialmente por la **Directiva 2001/86/CE** del Consejo, de 8 de octubre de 2001, **por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores**.
- 19 MERCADER UGUINA, J. R., *Modernas tendencias de la ordenación salarial: La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Aranzadi, Pamplona 1996, p. 211.
- 20 Indican GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., «Bajo el polémico signo de las *stock options*», *Justicia Laboral*, núm. 10, mayo 2002, p. 5 «estos sistemas se configuran como un instrumento clave de la política de personal de las empresas y buscan hacer converger las metas personales de los trabajadores con las de la organización, en suma, incentivar el esfuerzo y el rendimiento de los trabajadores, así como su aportación a la organización».
- 21 Indican GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., *opus cit.* («Bajo el polémico signo de las *stock options*»), p. 5, que «la fidelización parece constituir la finalidad última que persiguen estos sistemas retributivos».
- 22 Indica MONTOYA MELGAR, A., «La buena fe en el contrato de trabajo», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, siguiendo a DICKINSON J. y EMLER N., en p. 29, que «la interiorización de los valores del sistema implica la existencia de un tipo de trabajador "perfectamente socializado", entendiéndose por tal el que observa "una actitud positiva hacia la autoridad institucional, un compromiso firme con el principio de equidad (...), una perspectiva sobre las obligaciones morales». La idea del «compromiso corporativo» (...) implica la adhesión del trabajador a los objetivos y valores de la organización y la conducta consecuente con esa adhesión». Sobre los métodos para que el nuevo empleado asuma el patrón de creencias y valores que conforman la llamada «cultura» de la empresa, indican PINAZO CALATAYUD, D., y CARRERO PLANES, V., «Comunicación interna: Un plan para la persuasión de los nuevos trabajadores», *RTSS (Estudios Financieros)* pp. 99 ss.
- 23 Según DURÁN LÓPEZ, F., «Opciones sobre acciones y viejo Derecho laboral», *Expansión* de 24 de enero de 2002, p. 54, «los programas de opciones sobre acciones se han considerado también, como un instrumento de fidelización de los trabajadores. Éste es, sin embargo, un efecto "añadido", que se puede perseguir a través de diversas medidas (estableciendo un período de carencia para el ejercicio de las opciones, restringiendo la disponibilidad de las acciones una vez obtenidas, etc.) y que opera, sobre todo, más en relación con el personal directivo (y técnico) que con los trabajadores comunes».
- 24 MERCADER UGUINA, J. R., *opus cit.* (*Modernas tendencias de la ordenación salarial...*), p. 216.
- 25 La literatura jurídica sobre la participación en beneficios es muy amplia, baste con citar, en nuestra doctrina, a DE VILLA GIL, L. E., «La naturaleza jurídica de la participación en beneficios», en *Diecisiete lecciones sobre participación en beneficios*, FDUCM, Madrid 1967, pp. 221-249; LÓPEZ-TERRUELA, F., «Participación en beneficios y accionariado obrero», en *Estudios sobre ordenación del salario*, Universidad, Valencia 1976, pp. 275-302; GARCÍA ORTEGA, J., «El salario en régimen de participación en beneficios», en *Estudios sobre el salario*, Acarl, Madrid 1993, pp. 491-510; GONZÁLEZ LABRADA, M., y VALLEJO D'ACOSTA, R., «La participación en los beneficios y resultados de la empresa y la flexibilidad salarial», en *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad Social*, XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Universidad, Granada 1996, pp. 303-321.
- 26 Sobre el accionariado obrero existe una ingente literatura, baste con la cita, en nuestra doctrina, de SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «Accionariado obrero y capitalismo popular», en *Diecisiete lecciones sobre participación en beneficios*, FDUCM, Madrid 1967, pp. 269-282, y de ROMERO BURILLO, A. M. y MORENO GENER, J., «La adquisición de participaciones societarias como fenómeno de huída del Derecho del Trabajo», *AS* núm. 5, 1999, pp. 123-213.
- 27 ÁVILA DE LA TORRE, A. y MORALEJO MÉNDEZ, I., «Los nuevos sistemas de retribución de los administradores, trabajadores y personal de alta dirección. La reforma introducida por la Ley 55/1999 de 29 de diciembre», p. 194.
- 28 Sobre el interés social *vid.* ARROYO, I., «Reflexiones en torno al interés social» en *Derecho de Sociedades - Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, T. II, McGraw-Hill, Madrid 2002, pp. 1.845 ss.

- ²⁹ La creación de valor para el accionista, esto es la valoración de las acciones, «es función de tres niveles de información: la situación general de la economía, el sector y la empresa», indican CUERVO GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ, A.I., «Decisiones financieras y valor de mercado de la empresa», en *Curso de bolsa y mercados financieros* (Director, José L. Sánchez Fernández de Valderrama), Ariel 2001, p. 187.
- ³⁰ BARBERÁN, J. M., ¿Cómo ser accionista de mi empresa?, *El País (Negocios)* 3 de marzo de 2002, p. 13.
- ³¹ BARBERÁN, J. M., *opus cit.* («¿Cómo ser accionista de mi empresa?»), p. 13.
- ³² MARTÍNEZ RETUERTO, R., «La crisis contable divide a EE.UU.», *El País (Negocios)* de 3 de marzo de 2002, p. 17, en palabras atribuidas al presidente de la Reserva federal de EE.UU., Alan Greenspan, que encuentra en el «clamor de los años ochenta» de vincular la retribución de los ejecutivos a la marcha de las empresas, el origen del caso Enron. El autor, en la misma página, de seguido y bajo la rúbrica de «Incentivos malsanos», recoge las siguientes palabras de Alan Greenspan: «entre 1995 y 2000 casi el 3% de las ganancias anuales de las empresas derivaron del hecho de que en las grandes corporaciones se emplearon como retribución opciones sobre acciones en vez de dinero», añadiendo «en 1995, la retribución de un consejero delegado de una corporación de EE.UU. constaba de un 41% en salario, un 42% en incentivos a largo plazo, sobre todo opciones sobre acciones, y un 17% en incentivos a corto, como primas, extras y demás. En el cambio de siglo, la relación había pasado a ser 18%-65%-17%, mientras la retribución promedio ascendía del millón de dólares a los 2,85 millones. Con razón tenían los ejecutivos alicientes para hacer subir artificialmente el valor de las acciones».
- ³³ MARTÍNEZ RETUERTO, R., *opus cit.* («La crisis contable divide a EE.UU.»), p. 17, que añade «ahora se va a poner coto legal a ese sistema y los Principios Contables Generalmente Aceptados (GAAP) por los que se rige el sistema de contabilidad de los Estados Unidos recibirán unas cuantas páginas más de normas (...) La Comisión Europea considera que los GAAP dejan demasiado que desear y han planteado como alternativa los suyos, los Estándares Internacionales de Contabilidad (IAS), que Bruselas propone como modelo a seguir en todo el mundo, incluido Estados Unidos».
- ³⁴ CUERVO GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ, A.I., *opus cit.* («Decisiones financieras y valor de mercado de la empresa»), pp. 184-185.
- ³⁵ Sobre el carácter de «por cuenta ajena» de la prestación de su actividad o trabajo por el administrador cabe recordar que se viene abordando de antiguo por la doctrina. Efectivamente, ya en su momento, la mejor doctrina manifestó su disconformidad con la calificación legal que llevaba a efecto el C. de c. de la relación de los administradores con la sociedad, a los que consideraba mandatarios, ex artículos 122 y 156, siguiendo la tradición francesa, indicando que aquella relación era más compleja, pues, destacaba GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, V. 2, Facultad de Derecho, Madrid 1947, p. 1.035, «su situación jurídica frente a la sociedad descansa en un **contrato de empleo que vincula a ambas partes**. La relación jurídica de empleo se descompone luego en facultades y deberes de gestión en lo interno (contrato de mandato o contrato de servicios) y de representación en lo externo». Resulta especialmente manifiesto el trabajo por cuenta ajena del administrador en aquellas posiciones doctrinales que consideran que la relación de aquél con la sociedad es contractual. Calificado el contrato entonces *sui generis*, y denominado como de administración, se indica que «debería integrarse a través de la disciplina, a veces contradictoria entre sí, del mandato, del arrendamiento de servicios, e **incluso del contrato de trabajo**, como contradictorias son las dos notas que caracterizan la relación de administración: la subordinación y la autonomía», POLO, E., «Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Civitas, Madrid 1992, p. 51.
- En torno al **trabajo por cuenta ajena de los administradores sociales**, TAPIA HERMIDA, A., *opus cit.* («Un nuevo modelo de prestación de trabajo por cuenta ajena: la actividad gestora de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas»), pp. 67 y ss., (El administrador social que trabaja para una sociedad anónima, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios) pp. 1.541 ss., también «La alta dirección empresarial (Administradores y Altos cargos)», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pon*, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, en pp. 3.723 y ss.; Abundan en la característica del trabajo por cuenta ajena del administrador social DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E., *Administradores sociales, Altos directivos y Socios trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 52. Sobre la ajenidad ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1994 (quinta edición), especialmente pp. 56-57; MONTROYA MELGAR, A., *Derecho y Trabajo*, Civitas, Madrid 1997, especialmente pp. 22-28, en p. 24 indica, «ha de decirse que la ajenidad, el actuar por cuenta de otro, no es una figura creada por el Derecho del Trabajo ni exclusiva de él: el representante, el mandatario, el gestor de negocios ajenos, el comisionista o el **administrador**, actúan evidentemente por cuenta de otra persona». Sin embargo la figura de la ajenidad recibe un tratamiento técnico específico en el Derecho del Trabajo.
- La Jurisprudencia constitucional ha destacado el amplio margen que tiene el legislador ordinario para delimitar el ámbito de las relaciones laborales, sin estar limitado más que por la propia Constitución, pudiendo someter la prestación del trabajo por cuenta ajena a diferentes regímenes jurídicos, laborales, mercantiles o civiles. Es al respecto contundente la

STC 227/1998 (Pleno) de 26 de noviembre, que establece: «El concepto de trabajador por cuenta ajena, a los efectos de aplicación del conjunto normativo que constituye el denominado Derecho del Trabajo, y de su regulación por la norma estatutaria a la que remite el mencionado artículo 35.2 CE, no aparece expresamente definido en la Norma suprema y no se halla, por tanto, constitucionalizado. Es al legislador a quien corresponde, pues, su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario. La calificación como laboral o no de las relaciones contractuales, y el correlativo régimen jurídico aplicable a las mismas, es tarea que incumbe al legislador estatal (...), conforme a los criterios que al respecto adopte en orden a dicha configuración, para, en función de tales criterios, someter la prestación de servicios al ordenamiento laboral o a la regulación propia de los contratos civiles o mercantiles. En esta tarea la libertad del legislador no encuentra otros límites que los derivados de la Constitución».

De entre la Jurisprudencia ordinaria procede citar, por su claridad, la STS, Sala Cuarta, de lo Social, sentencia de 29 de enero de 1997 (Rec. cas. 2577/1995), a cuyo tenor, «el administrador social, que trabaja para la sociedad en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil», precisando que «en el sistema productivo actual, el trabajo asalariado es el más importante, conocido y característico de los trabajos por cuenta ajena, por lo que el uso indistinto de una y otra expresión es frecuente. Pero esta vía de interpretación no es, evidentemente, la única posible (...) los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral».

- 36 SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores» en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (Dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), T. IV, Edersa, 1994. p. 21, *vid. también* pp. 101 ss.
- 37 *Vid.* ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (*Introducción al Derecho del Trabajo*), pp. 50-51.
- 38 *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* («Sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades»), pp. 271, 273 y 274.
- 39 «En esta pléyade de lo que se ha dado en denominar mandos intermedios se ubican más de las tres cuartas partes de los destinatarios de los planes de opciones sobre acciones desarrollados en el último quinquenio en las sociedades cotizadas europeas que cuenta con programas de compensación opcionales», IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*- Economía, política retributiva y debate social) p. 232.
- 40 El caso Enron se pone como ejemplo de mal gobierno corporativo, por GARICANO, T., «Enron o el caso de un mal gobierno corporativo», *Expansión (Actualidad)* del 20-2-2002, p. 59, que considera como una de las razones determinantes de su quiebra «la falta de diligencia y de lealtad de directivos y administradores».
- 41 Sobre el movimiento del *corporate governance* en general, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* («Sociedad cotizada en bolsa en la evolución del Derecho de sociedades») pp. 87 ss.; HOPT, K.J.; KANDA, H.; ROE, M. J.; WYMEERSCH, E. y PRIGE, S., «Comparative Corporate Governance-The state of the art and emerging research», Oxford University Press, Oxford-New York 1998; ESTEBAN VELASCO, G. (coordinador), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999; VELASCO SANPEDRO, L. A., «El gobierno de las sociedades cotizadas (corporate governance) en España: el informe Olivencia», en *Derecho de Sociedades-Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, T. III, McGraw-Hill, Madrid 2002, pp. 3.003-3.016; En la misma obra colectiva pp. 2.517-2.564, ÁLVAREZ-VALDÉS y VALDÉS, «Los Códigos de buen gobierno de las sociedades. El cumplimiento de las recomendaciones del Informe Olivencia»; Acerca de la eficacia del gobierno corporativo *vid.* RUBIO GIL, A., «El consejo de administración en un entorno internacional. El debate sobre su eficacia como órgano de gobierno de la empresa», *RTSS (Estudios Financieros)*, núm. 227, febrero 2002, pp. 153 ss.; sobre aquel movimiento en Estados Unidos de Norteamérica *vid.* GUERRA MARTÍN, G., *opus cit.* («El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses»).
- 42 Indica DURÁN LÓPEZ, F., *opus cit.* («Opciones sobre acciones y viejo Derecho laboral») p. 55, «las opciones sobre acciones constituyen un instrumento de gestión empresarial y de recursos humanos dirigido, a través de múltiples variantes, a conseguir una mejora del valor bursátil de la compañía. Para conseguir esa mejora, y partiendo de la importancia que en las actuales relaciones laborales tiene el capital humano y su implicación en los objetivos empresariales, se hace participar de la misma, a través del correspondiente programa de opciones a los trabajadores. En un primer momento, y sobre todo a los directivos, cuya gestión se ve recompensada económicamente si la compañía mejora su cotización. Posteriormente, aunque en menor medida, al conjunto de los trabajadores, ya que no en balde en las relaciones laborales del momento presente cada vez adquiere mayor importancia su identificación con los objetivos de la empresa y su implicación para la consecución de los mismos».
- 43 Sobre el trabajo durante el liberalismo económico, ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (*Introducción al Derecho del Trabajo*) pp. 306-328.
- 44 Hace buena la observación de que «la empresa debe configurar sus relaciones con los trabajadores, no por medio de un contrato de trabajo, sino con un contrato de sociedad», GÓMEZ-IGLESIAS, A., *opus cit.* (*La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*), p. 82.

- ⁴⁵ Indica MONTROYA MELGAR, A., *opus cit.* (*Derecho y Trabajo*), pp. 28-29, «podemos afirmar resueltamente que la nota de dependencia que la mayoría de los sistemas positivos y científicos elevan a rango definidor del trabajo regulado en el Derecho del Trabajo, no puede conceptuarse como una mera sumisión técnica del trabajador al empresario, en cuanto que, (...) no es imposible, y hoy ni siquiera infrecuente que el trabajador posea cualificaciones o especializaciones técnicas de las que el empresario carece. Pero tampoco cabe admitir en la actualidad que la dependencia consista en una pura sujeción económica, que de hecho puede faltar, y que en todo caso sería una explicación extrajurídica».
- ⁴⁶ Ejemplar es al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional 20/2002, de 28 de enero de 2002.
- ⁴⁷ Muy crítico con la jurisprudencia es COCA PAYERAS, M., *La doctrina legal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1980, pp. 17-18, que afirma «si bien la ley es fuente formal del Derecho, mejor del ordenamiento jurídico, la doctrina legal no lo es. Es éste uno de los caballos de batalla de la problemática de la doctrina legal a lo largo de su historia»; En la misma línea *vid.* BLASCO GASCÓ, F. de P., *La norma jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pp. 46-47; No obstante como indican las SSTS, Sala Cuarta, de 13 de noviembre de 1998 y 9 de febrero de 1999, «una vez alcanzado el estadio de la Jurisprudencia, la doctrina del Tribunal Supremo se integra en el ordenamiento jurídico como un complemento de las normas o de los enunciados normativos a los que corresponde, formando cuerpo con ellos y beneficiándose de su misma fuerza normativa».
- ⁴⁸ Señala LÓPEZ VILAS, R., «La Jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, p. 83, «en su significación más estricta y precisa, Jurisprudencia es, con carácter exclusivo y excluyente, la doctrina que, de modo reiterado y uniforme, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, complementando así el ordenamiento jurídico, al resolver los asuntos de que conozca a través del correspondiente recurso de casación. Es la acepción consagrada por el artículo 1 del Código Civil (...) en la práctica se confunde doctrina legal y jurisprudencial». No obstante, para la diferencia conceptual entre «doctrina legal» y «jurisprudencial», *vid.* pp. 75-83.
- ⁴⁹ «Son requisitos para la aplicación de la Jurisprudencia: varias sentencias conformes, más de una; sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del supuesto enjuiciado; que los supuestos ya resueltos y el nuevo postulen la aplicación de la misma norma; es decir, que la "ratio decidendi" sea la misma sin consideración a los argumentos circunstanciales o "dictum", SSTS, Sala 1.ª, de 15-2-1982 (R.A. 869) y 7-3-1996 (R.A. 1881).
- ⁵⁰ Debe considerarse superada la etapa que restringía la «Jurisprudencia con trascendencia normativa» a la emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Según BLASCO GASCÓ, F. de P., *opus cit.* (*La norma jurisprudencial*) pp. 47-48, «La trascendencia normativa no alcanza a cualquier pronunciamiento del Tribunal Supremo, sino sólo la doctrina reiterada que establezca el Tribunal Supremo y, según la Jurisprudencia, sólo la Sala Primera, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». No obstante se refieren a la «constante Jurisprudencia de esta Sala», entre otras muchas, las SSTS, Sala Cuarta de 28 de julio de 1994 y de 14 de diciembre de 1996. La STS, Sala Cuarta, de 18 de septiembre de 1991, incluso eleva la categoría de la Jurisprudencia de aquella Sala equiparándola a la tópica, que en el marco de sistemas racionales del pensamiento aristotélico sigue inmediatamente a la lógica, al decir que «es doctrina tópica de esta Sala». Se reconoce la condición de Jurisprudencia a la emanada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por una nutrida «Jurisprudencia menor», así STSJ del País Vasco de 27-2-1996; STSJ de Murcia de 22-3-1996; STSJ de Aragón de 25-9-1996; STSJ de La Rioja de 12-12-1996, 28-1, 25-2, 18-3 y 26-6-1997; STSJ de Cataluña de 15-7-1997; STSJ del Principado de Asturias de 14-11-1997; STSJ de Andalucía de 15-12-1997; y STSJ de Extremadura de 31-10-1997, etc.
- ⁵¹ Despejándose así un panorama nada pacífico debido a una Jurisprudencia menor contradictoria.
- ⁵² CÓRDOBA BUENO, M., «Guía de las *Stock options*», Deusto, Bilbao 2001, p. 15.
- ⁵³ En la Exposición de Motivos de la Ley 37/1988, de 16 de noviembre, por la que se «reforma» la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), se indica «como consecuencia del elenco de **instrumentos financieros** comprendido en el nuevo ámbito de la ordenación de los mercados, **que sobrepasan la categoría de los valores negociables**, se extiende a aquéllos la disciplina de estos últimos, para de este modo integrar a las nuevas realidades financieras ("swaps" "frases", **opciones**, futuros, etc.) que tienen presencia en nuestros mercados». En la doctrina *vid.* sobre los modelos descriptivos y conceptuales de valor negociable FARRANDO MIGUEL, I., «El concepto de "valor negociable" y la aplicación en España de la cultura de la transparencia», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Civitas, Madrid 1996, pp. 1.218-1.222; ALONSO ESPINOSA, F., *Un estudio en torno al R.D. 291/1992, de 27 de marzo*, Bosch Editor, Barcelona 1994, pp. 117-174; MASSAGUER FUENTES, J., «La opción financiera: caracterización jurídica», en *Los mercados Españoles: opciones y futuros financieros* (DÍAZ RUIZ, E. y LARRAGA, P., Directores), MEF-Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid 1995, pp. 266-267; En la misma obra colectiva DEL CAÑO PALOP, J. R., «Normativa reguladora de los mercados de productos financieros derivados», p. 172; También en el mismo sentido y en la misma obra IGLESIAS PRADA, J. L., «El contrato de futuros financieros. Una síntesis de su caracterización y régimen jurídico», p. 235; CUÑAT EDO, V., «Los mercados de productos derivados en las directivas comunitarias y en la legislación española», en *Productos financieros derivados y el Euro: ¿Un mercado único?* (DÍAZ RUIZ, E., y LARRAGA P., Directores) MEFF-Civitas, Madrid 1999, pág. 51.

- 54 TAPIA HERMIDA, A. y TAPIA FRADE, A.D., «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)], *RDBB* núm. 87, julio-septiembre 2002, p. 81.
- 55 TORRES LANA, J.A., *opus cit.* (*Contrato y derecho de opción*), admite la accesoriedad del contrato de opción, en pp. 84-86.
- 56 MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* (La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?), pp. 23-24, entiende que la fase de aprobación del plan «no representa en sí misma ningún acto de concesión formal a sus potenciales beneficiarios, que sólo se produce con el contrato de opción. Sin embargo no puede desdeñarse su importancia jurídica, pues define los aspectos funcionales y finales, esto es causales, del negocio opcional; Representa sus "condiciones generales de contratación" (condiciones prácticas de uso). El contrato de opción a celebrar participa, así, de la naturaleza típica de los "contratos de adhesión"».
- 57 TAPIA HERMIDA, A. y TAPIA FRADE, A.D., *opus cit.* «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)], p. 82.
- 58 TORRES LANA, J.A., *Contrato y derecho de opción*, Trivium, Madrid 1987, pág. 107
- 59 TAPIA HERMIDA, A. y TAPIA FRADE, A.D., *opus cit.* «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)], p. 82.
- 60 Sobre los «errores y equívocos que dominan la doctrina de las expectativas», *vid.* CASTRO y BRAVO F. de, *Derecho Civil de España*, T. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949, pág. 607.
- 61 Así lo hace MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* («La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?»), p. 22, bien que derivado, a su entender, del contrato de opción, distinguiendo dos situaciones jurídicas, a saber el derecho potestativo al ejercicio de la opción y el beneficio o rendimiento.
- 62 En cualquier «contrato de opción de compra, la compraventa futura está perfectamente configurada y depende del optante que se consuma o no», SSTS de 16-4-1979 (R.A. 1401); 4-4 y 9-10-1987 (RRAA 2489 y 6928); 24-10-1990 (R.A. 8045); 24-1 y 28-10 y 23-12-1991 (RRAA 312, 9346 y 9482) y 7-3-1996 (R.A. 1881).
- 63 HILL, A. y DESPEIGNES, P., «La mejor opción contable», *Expansión (Empresas)*, de 20 de abril de 2002, pág. 14.
- 64 Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad. NIC = Normas Internacionales de Contabilidad; IASC = Comité de las Normas Internacionales de Contabilidad; SIC = Comité de Interpretaciones; Las NIC y las SIC se recogen en AA.VV.: «Normas Internacionales de contabilidad 2001», Cisspraxis, Madrid 2001, siendo singularmente relevantes las NIC 19, párrafos 144-152, pp. 553-557; NIC 33, párrafos 1-9 y 38 pp. 947-949, y 964-965; SIC 24 , pp 1.705-1.707.
- 65 *vid.* sobre los «contratos impuestos», DE CASTRO F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid 1985, pp. 41-42.
- 66 Indican las SSTS, Sala 1.ª, de 23-3-1945 (R.A. 443); 10-7-1946 (R.A. 938); 22-6 y 17-11-1966 (RRAA 3440 y 4957); 7-11-1967 (R.A. 4111); 21-10-1974 (R.A. 3898); 28-5-1976 (R.A. 2366); 12-7-1979 (R.A. 2951); 15-2-1980 (R.A. 517); 10-12-1982 (R.A. 7474); 9-10-1987 (R.A. 6928); 8-3-1991 (R.A. 2204) y 7-3-1996 (R. A.1881) «las premisas de la opción son las siguientes: 1) la opción de compra es una figura "sui generis", con sustantividad propia, mediante la cual el optante logra, de modo exclusivo, la facultad de prestar su consentimiento en el plazo señalado a la oferta de venta que, por el primordial efecto de la opción, es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla en el plazo aludido; 2) una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse en relación con éste el concurso del consentimiento exigido por la Ley, sin que el optatario o concedente de la opción, pueda hacer nada para frustrar su efectividad».
- 67 Como indican las SSTS, Sala 1.ª, de 29-3-1993 (R.A. 2334) y 6-7-1998 (R.A. 5417), «La opción de compra en sí misma es un derecho que también puede conformarse como negocio jurídico».
- 68 Sobre los derivados OTC *vid.* EDWARDS, S., «Legal principles of derivatives», *TJBL*, enero 2002, pp. 1-33.
- 69 TORRES LANA, J.A., *opus cit.* (*Contrato y derecho de opción*), p. 88.
- 70 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*- Economía, política retributiva y debate social), pp. 246-247, en pp. 74 ss. sobre la modalidad de «*stock options* son las *stock appreciation rights* (SARs)» o «liquidativas de incrementos de cotización u opciones de revalorización de acciones».
- 71 Indica la STS, Sala 1.ª, de 4-12-1997 (R.A. 8723), «el contrato de opción se puede clasificar como enclavado dentro de los conocidos con el nombre de contratos atípicos (...) puede definirse como aquel que atribuye al beneficiario un derecho que le permite decidir, dentro de un período de tiempo concreto, en punto a la conclusión de un determinado contrato», de ahí la identificación, por parte de la doctrina, entre contrato de opción y precontrato, así DIEZ-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», Vol. Primero (*Introducción. Teoría del Contrato*), Civitas, Madrid 1996 (quinta edición), pp. 344-345. Cabe precisar, en el sentido antes expuesto, que una determinada línea jurisprudencial actual se orienta por considerar el precontrato como ya el contrato definitivo, sólo que «en germen». Tal como indican las SSTS, Sala 1.ª, de 25-6-1993 (R.A. 5384) y 10-6-1996 (R.A. 4755).

No obstante también ha de significarse que otra línea jurisprudencial sostiene al respecto una tesis muy diferente. Ejemplo de ella son las SSTS de 4-7-1991 (R.A. 5325) y 8-2-1996 (R.A. 864), a cuyo tenor: «el precontrato o "pactum de contrahendo" cabe sintetizarle por su función esencial de ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato, de manera que no ofrece elementos bastantes o suficientes para vincular sin un nuevo convenio u originar, por sí mismo, la efectividad de lo estipulado».

- 72 SANZ CABALLERO, J. I., *opus cit.* (*Derivados Financieros*), p. 398; Señala SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *opus cit.* (Las llamadas *stock options* y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica), p. 1.487, que «las *stock options* son básicamente opciones y más precisamente opciones contractuales».
- 73 SANZ CABALLERO, J. I., *opus cit.* (*Derivados Financieros*), p. 399.
- 74 Como indica IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*- Economía, política retributiva y debate social) p. 77, la literatura jurídica contemporánea, «siguiendo el criterio del mercado reconocido en el plano legislativo europeo (...) reconoce que los derechos liquidativos, (...), de diferencias de valor subyacente constituyen derechos negociables de opción, al facultar al decidente para seleccionar su posición jurídica posterior de perceptor de las diferencias acreditadas por él mediante uso de su potestad».
- 75 TAPIA HERMIDA A. y TAPIA FRADE A. D., *opus cit.* «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)], p. 87.
- 76 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*- Economía, política retributiva y debate social), en pp. 74-75 y 242-243.
- 77 DE CASTRO Y BRAVO F., *opus cit.* (*El Negocio Jurídico*), p. 210.
- 78 Conviene reparar en que nos estamos refiriendo al contrato no al negocio jurídico complejo, y que así como para que un negocio jurídico sea bilateral basta con la intervención de dos partes, cuando de un contrato se trata la bilateralidad, en aquel sentido, se da por supuesta al ser esencial a la noción misma de contrato, por ello cuando la referencia bilateral se refiere al contrato alude a la generación o no de obligaciones correlativas para las partes, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de Asís; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., «Elementos de Derecho Civil», T. I (Parte general), Vol. Tercero, Dykinson, Madrid 1999, pp. 231 y 233.
- 79 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*- Economía, política retributiva y debate social), p. 37 alude a la «ausencia de prima o precio o contraprestación explícita in pecunia».
- 80 SSTS de 21-7 y 18-10-1993 (R.A. 6105 y 7616); 31-7-1996 (R.A. 5685).
- 81 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*- Economía, política retributiva y debate social), p. 38, que añade «e incluso un correspondiente explícito».
- 82 Aplicando *pari passu* la doctrina contenida en las SSTS de 18-6-1993 (R. A. 4685) y 14-2-1997 (R.A. 706), «la onerosidad del contrato de (...) también embebe la onerosidad del derecho de opción en él recogido».
- 83 Que como indican Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., «Sistema de Derecho civil», Vol. I, Tecnos, Madrid 1997 (novena edición), pág. 503, «la causa puede ser tenida como el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio (...) cuando no exista un propósito específico, la causa se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad genérica del negocio».
- 84 Sobre los negocios de cumplimiento *vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F. de Asís; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., *opus cit.* («Elementos de Derecho Civil »), pp. 235 y 236.
- 85 Sobre la causa en los «negocios ejecutivos» *vid.* Díez-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», Vol. Primero, *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid 1996, pp. 234-235.
- 86 SANZ CABALLERO, J. I., *opus cit.* (*Derivados financieros*), pp. 218-222 y 406.
- 87 Según ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1997 (decimoquinta edición), p. 51, «la causa del contrato de trabajo está en la cesión remunerada de los frutos que del mismo resultan, entendidos en sentido amplio de producto útil resultante de la actividad humana, entendida la causa en sus dos sentidos objetivo (...) y subjetivo»; en sentido más preciso indican PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Centro Ramón Areces S.A., Madrid 2000 (octava edición), p. 55, «siguiendo las pautas marcadas por el artículo 1.274 del Código Civil, la causa del contrato de trabajo será, para el trabajador, obtener salario y para el empresario obtener los correspondientes servicios en régimen de ajenidad»; Incluso más concretamente se afirma que tratándose de un contrato cambiario «no se trata de un intercambio genérico de trabajo y retribución, sino un intercambio específico de trabajo dependiente y de retribución en régimen de ajenidad», por ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L.M.; LÓPEZ GANDÍA, J., y SALA FRANCO, T., «Derecho del Trabajo», T. II (*Contrato Individual*), Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 22; *Vid.* también LAMA RIVERA, L. J., «La causa en el negocio jurídico laboral» *RT*, núm. 6, 1953, pp. 697 ss.;

SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo», *RT*, núm. 6, 1961, pp. 1.881 ss.; CABRERA BAZÁN, J., «Sobre la causa y el principio de equivalencia en las prestaciones en el contrato de trabajo», en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid 1980, pp. 155 ss.; mismo autor «Contrato de trabajo y contrato de actividad», *RPS*, núm. 90, 1971, pp. 27 ss.

Sobre la «causa del negocio atípico», *vid.* DE CASTRO, F., *opus cit.* (*El Negocio Jurídico*) pp. 208-211.

88 En sentido opuesto se manifiestan los magistrados firmantes del Voto Particular a las SSTs de 24 y 25 de octubre de 2001, cuya argumentación en absoluto es baladé. Según entienden aquellos Magistrados las *stock options*:

- a) «**Tienen como causa exclusiva el estímulo a la permanencia en la empresa por un cierto tiempo**»,
- b) Son «**beneficios o ventajas económicas que se conceden sólo en concepto de incentivo o compensación recíproca a la permanencia en la empresa y no como contraprestación del trabajo realizado**»,
- c) La causa del negocio de opción es completamente ajena a la del contrato de trabajo, por ello ha de referirse la generosidad y gratuidad de semejante atribución empresarial, esto es «**sin que, en principio, pueda descartarse la hipótesis de la "donación remuneratoria" contemplada en el artículo 619 del Código Civil**».
- d) «**El fin práctico que persiguen los referidos planes sociales y los correspondientes convenios de ejecución individual de los mismos es la "implicación" o "involucración de los empleados del grupo (...). Este estímulo a la estabilidad o permanencia no está acompañada en el caso de ningún ingrediente de retribución o contraprestación del trabajo, en cuanto que, en los planes de *stock options* (...), la percepción por parte del trabajador de los beneficios no depende directa o indirectamente del trabajo efectivamente prestado**».

Concluyendo que:

«Los beneficios económicos concedidos por los planes de opción de compra de acciones enjuiciados no constituyen retribución o contraprestación del trabajo».

89 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada 2001, pp. 25-28, que añade en p. 26, «en realidad, la cuestión atiene a la propia causa del contrato, que puede ser onerosa o gratuita (...) el derecho del trabajador vinculado laboralmente al percibo de una remuneración por su trabajo resulta, sin duda, de la propia conformación jurídica de un contrato caracterizado por su onerosidad y reciprocidad de las prestaciones que genera: Las otras obligaciones que dimanen del contrato de trabajo no presentan aquel recíproco nexo de causalidad y funcionalidad que es operante de continuo entre trabajo y salario: no dominan entre los motivos que inducen a las partes a estipular el contrato de trabajo».

90 TAPIA HERMIDA A. y TAPIA FRADE A.D., «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)]», p. 93.

91 LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de ASÍS, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *opus cit.* (*Elementos de Derecho Civil*), p. 145, sobre su utilidad práctica *vid.* pp. 143-146.

92 STS, Sala 1.ª, de 14-2-1997 (R.A. 706) «la opción de compra (...) consiste de conceder al optante (...), mediante una cláusula inserta en el contrato (...), la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente se extingue y queda consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa».

93 TAPIA HERMIDA A. y TAPIA FRADE A.D., «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)]», p. 80.

94 Considera a las opciones financieras contratos atípicos MASSAGUER FUENTES, J., *opus cit.* (La opción financiera: caracterización jurídica), p. 271.

95 En este punto las *stock options* son absolutamente precisas, frente a los contratos de opciones, que como categoría muy general puede girar sobre activos de renta fija o variable y a su vez pueden ser de compra (*call*) o de venta (*put*), con las cuatro posiciones derivadas de la compra y venta del *call* o del *put*.

96 Puede concebirse como aquella declaración de voluntad del empresario (que puede ser emitida libérrimamente, como resultado de «tratos preliminares» con algunos de los trabajadores o sus representantes legítimos, o en cumplimiento de una norma, que en nuestro ordenamiento parece habría de ser paccionada, esto es un convenio colectivo estatutario o extraestatutario) que bajo la forma de un «plan» o «programa», comunicado o notificado a los trabajadores interesados (que pueden ser incluso todos los de la plantilla), les atribuye el derecho de suscribir *stock options*, cumplidos, en su caso, determinados requisitos, por y en virtud del vínculo laboral que les une al empresario (la sociedad) y en tanto sigan prestando sus servicios como trabajadores asalariados por cuenta ajena. Derecho que habrá de concretarse mediante un contrato que, al menos en los ESOPs es de opción de compra de acciones (desde luego podría determinarse de otra manera, pero en las *stock options* practicadas y, desde luego en las tratadas por nuestra jurisprudencia, se lleva a cabo median-

te un contrato que aquélla califica de «opción de compra») en el que se especifican los pormenores concretos del derecho definido y establecido en el «plan» o «programa», incluido lo relativo a su cumplimiento (que suele responder a alguno de los estereotipos de las modalidades europea o americana de las opciones financieras).

- 97 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*-. Economía, política retributiva y debate social), en p. 32, alude a la «acusada tendencia de quedar configuradas (...) con la finalidad comúnmente proclamada de desempeñar una función fidelizadora o vinculadora a la empresa de aquellas personas que son sus beneficiarios o destinatarios».
- 98 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*-. Economía, política retributiva y debate social), en p. 32.
- 99 Como indica MONTROYA MELGAR. A., *opus cit.* (*La buena fe en el contrato de trabajo*), p. 45 «En nuestro sistema jurídico-laboral, (...), el alcance limitado del deber de fidelidad del trabajador es una constante, sin perjuicio de las lógicas modulaciones consiguientes a las distintas épocas».
- 100 MONTROYA MELGAR A., *opus cit.* (*La buena fe en el contrato de trabajo*), p. 55.; Sobre la «fidelidad» como equivalente a no hacer competencia, deber de secreto e incluso de realizar horas extraordinarias, ANDERRMAN, S. D., *Labour Law-Management decision and workers' rights* (3.ª edición), Butterworths, Londres 1998, pp. 43-444.
- 101 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*-. Economía, política retributiva y debate social), en p. 33.
- 102 MONTROYA MELGAR A., *opus cit.* (*La buena fe en el contrato de trabajo*), p. 38.
- 103 SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., VALLE VILLAR, J. M. DEL, GIL y GIL, J.L., *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1996 (tercera edición), pp. 262-264.
- 104 MONTROYA MELGAR, A., *opus cit.* (*La buena fe en el contrato de trabajo*), p. 65, que además, en pp. 63-64, alude a los deberes concretos de colaboración que a cargo de los trabajadores se contenían en las LCT de 1931 y 1944, añadiendo, «el ET no acoge (salvo excepciones: art. 37.3) los deberes específicos de colaboración de los que se ocupaban los referidos preceptos de las LCT, pero ello no quiere decir que esos deberes sean hoy inexigibles; muy al contrario, perviven, esos y otros que tampoco relacionaban aquellas leyes, al amparo de la cláusula general del artículo 5.a) y, sobre todo, del artículo 20.2 ET, que sitúa como fuentes del deber de colaboración a la ley, el convenio colectivo, las órdenes e instrucciones empresariales y, en defecto de todo ello, los usos y las costumbres».
- 105 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*-. Economía, política retributiva y debate social), en p. 58.
- 106 Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, en su sentencia de 12-3-2001, (*Normacef Social*); Ciertamente «la transcendencia del término de eficacia es (...) muy semejante a la de la condición», LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *opus cit.* (*Elementos de Derecho Civil*), p. 234.
- 107 DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *opus cit.* (*Sistema de Derecho civil*), p. 542.
- 108 LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *opus cit.* (*Elementos de Derecho Civil*), p. 216.; «Del contrato bajo condición suspensiva nace una relación crediticia irrevocable; pero no un crédito», indica ÁLVAREZ VIGARAY, R., en su «Comentario al artículo 1.114 CC», en *Comentario al Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 77. En el Voto Particular a las SSTs de 24 y 25 de octubre de 2002 se indica: «nos parece claro que, después de aceptada la opción de compra de acciones y durante el transcurso del período de carencia, el trabajador tiene un derecho en curso de adquisición, y no una expectativa de derecho»; MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* («La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?»), p. 22, tras destacar que «la atribución patrimonial consistente en opciones de compra sobre acciones, se configura primeramente como un auténtico derecho subjetivo potestativo de crédito», precisa que «lo que en cambio sí podría considerarse como una expectativa de beneficio o renta es la obtención de una ganancia final, una vez concluido el entero proceso iniciado por el reconocimiento de la opción y materializada o liquidada ésta en el mercado, consistente en la percepción de la plusvalía monetaria, hasta entonces solamente, derivada del incremento de la cotización bursátil de las acciones de la empresa optataria y retribuyente».
- 109 DíEZ-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», Vol. Segundo (*Las relaciones obligatorias*), Civitas, Madrid 1996, p. 349.
- 110 Indica ÁLVAREZ VIGARAY, R., en su «Comentario al artículo 1.119 CC», en *Comentario al Código Civil*, T II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 85 que «el artículo contempla la hipótesis del deudor bajo condición suspensiva que impide el cumplimiento o realización del evento que pondría en vigor la obligación a su cargo; es un complemento del artículo 1.115».
- 111 «El término esencial indica que el negocio jurídico ha de cumplirse necesariamente a su llegada, ha de consumarse, porque la prestación efectuada fuera de ese término no satisface el interés que aquel negocio estaba llamado a producir», DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *opus cit.* (*Sistema de Derecho civil*), p. 547.

- 112 Con carácter general se afirma en la STS, Sala 1.ª, de 30-1-1998 (R. A. 556) la existencia de «dos momentos contractuales: a) el primero referente al previo convenio opcional, que debe reunir los requisitos del artículo 1.261 del Código civil y autoriza el pacto de opción del derecho a su ejercicio que se inserta en aquél y, b) Un segundo momento correspondiente a la perfección de la compraventa proyectada, consecuente a la ejercitación de la opción en el plazo acordado y cumpliendo las condiciones convenidas, como negocio final, cuya conclusión queda supeditada a la libre decisión del optante, pues, realizada la opción, se perfecciona la venta».
- 113 SANZ CABALLERO, J. I., *opus cit.* (*Derivados financieros*), p. 275.
- 114 ALBALADEJO, M., «Instituciones de Derecho Civil», T. I, Bosch, Barcelona 1960, p. 409.
- 115 SANZ CABALLERO, J. I., *opus cit.* (*Derivados financieros*), p. 288.
- 116 Sobre la distinción entre término de eficacia y de ejecución *vid.* ALBALADEJO, M., *opus cit.* («Instituciones de Derecho Civil»), p. 413.
- 117 El término de eficacia o esencial se contrapone por ALBALADEJO, M., *opus cit.* («Instituciones de Derecho Civil», p. 409), al término de ejercicio o ejecución, añadiendo, que en el supuesto de término de ejercicio del negocio «en rigor, no se podría hablar de un negocio a término, ya que no es el negocio lo que pende del término, sino su ejecución: por eso algunos autores entienden que este tipo de término no es una modalidad del negocio, sino de su cumplimiento».
- 118 LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de ASÍS, LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *opus cit.* (*Elementos de Derecho Civil*), p. 223.
- 119 *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica», en *Reforma de la legislación laboral*, Jornadas organizadas por la Junta de Andalucía y el Ilmo. de Abogados de Málaga, Universidad-Junta de Andalucía, Sevilla 1997, pp. 87-128; Indica ALONSO OLEA, M., *opus cit.* (Introducción al Derecho del Trabajo) p. 56, «si el trabajo es, conjuntamente, productivo y por cuenta ajena, la atribución de los frutos a persona distinta del trabajador forzosamente ha de estar acompañada por la entrega por la primera al segundo de medios de subsistencia sustitutivos de los frutos del trabajo».
- 120 Indica MONEREO PÉREZ, L., «Estructura del Salario», en *Comentarios a las Leyes laborales-La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T. I. Vol. 1.º, (El nuevo régimen del salario), Edersa, Madrid 1994, p. 146, que «esta modalidad participativa con referencia al accionariado obrero) se articula típicamente por vías distintas a los conceptos de naturaleza salarial. No podría considerarse, en ningún caso, que se trate de "remuneraciones indirectas propiamente dichas"»; *Vid.* GARCÍA-PERROTE, I., y MARTÍN FLOREZ, L., «La naturaleza no salarial de las opciones sobre acciones (*stock options*)» *IL*, julio 2000, pp. 6-10, y, de los mismos autores, «La naturaleza no salarial de las opciones sobre acciones (*stock options*)» (Nota a la *SJS* núm. 30 de Madrid de 5 de junio de 2000), *RL* núms. 15-16, 2000, pp. 65-70, también en contra del carácter salarial de las *stock options* se pronuncian MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2001, p. 589; Afirma su carácter salarial MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* («La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?»), pp. 53, 61 y ss.; Plantea las dudas sobre su carácter salarial FERNÁNDEZ AVILES, J. A., *opus cit.* (La participación retributiva: evolución y tendencias), p. 35.
- 121 Sobre el concepto legal de salario MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «La nueva regulación del salario», en *Comentarios a las Leyes Laborales-La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, T. Vol. I (El nuevo régimen del salario), Edersa, Madrid 1994, pp. 15-43; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. «La ordenación de la estructura salarial», en *Reforma de la legislación laboral: Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Marcial Pons y ADTSS, Madrid 1995, pp. 287-302; MONEREO PÉREZ, J. L., «Régimen legal y estructura del salario», *TS* núm. 87, 1998, pp. 20-45; GARCÍA MURCIA, J., «Concepto y estructura del salario (en torno al artículo 26), en edición especial con ocasión del núm. 100 de *REDT* («El estatuto de los Trabajadores veinte años después»), Civitas, T. I, Madrid 2000, pp. 609-630.
- Indica FERNÁNDEZ AVILES, J. A., *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias*), p. 35, «La participación en beneficios actualmente también se conecta –en gran medida– con fórmulas retributivas diferidas y/o bloqueadas de autofinanciación y capitalización de la empresa. Los «programas de adquisición de acciones» son también una práctica de creciente difusión. En este caso el destino de la participación contribuye a la propia reinversión empresarial en vez de destinarse al consumo, como nuevo mecanismo de financiación de las inversiones y una distribución más franca de los frutos de la expansión. Éste es el rasgo principal del sistema estadounidense, basado en la incentivación fiscal de planes de creación de fondos de inversión, tales títulos se entregan a los asalariados al final de su vida profesional como complemento de sus jubilaciones».
- Acercas de las fuentes reguladoras del salario *vid.* en *Estudios sobre el salario*, Acarl, Madrid 1993, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., «Las fuentes reguladoras del salario», pp. 21-52 y PRADAS MONTILLAS, R., «Reflexiones generales sobre la ordenación jurídica del salario en el ordenamiento laboral español», pp. 57-69.
- 122 MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* («La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?»), p. 40.

- 123 Así ocurría en el artículo 27 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y en el artículo 37 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, bien que en el transcurso de la primera a la segunda se mejorara técnicamente el concepto que pasa de abarcar «la totalidad de los beneficios» obtenidos por el trabajador, en la primera, incluyendo «cotizaciones del patrono para los seguros sociales» etc., a incluir únicamente los que son propiamente remuneratorios, en la segunda, dejando fuera del concepto cotizaciones sociales, etc., Sobre la historia del salario *vid.* DURÉNDEZ SÁEZ, I., *La regulación del salario en España*, CES, Madrid 1997.
El Voto Particular de las SSTS de 24 y 25 de octubre de 2001 lleva a cabo una interpretación del artículo 26 ET más ajustada a la economía industrial que financiera. Efectivamente en el mismo se indica que «la definición legal del salario en términos de contraprestación del trabajo se confirma en los distintos pasajes del artículo 26 del ET y de otros preceptos de la propia Ley. Uno de ellos es el que remacha la idea de que no importa "la forma de remuneración" para la calificación salarial, pero sí la retribución de "trabajo efectivo" o de "períodos de descanso computables como trabajo"».
- 124 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias*), p. 35, alude a la «problemática de la naturaleza de tales contraprestaciones económicas empresariales ("fórmulas de salario diferido") y a su difícil reconducción al concepto de salario ex artículo 26.1 ET».
- 125 Para FABIÁN MÁRQUEZ, L., «Los salarios en la negociación colectiva y en la contratación individual», en *Salarios y estructura salarial*, FQT, Madrid 2000, p. 29, resulta que de una interpretación «a contrario» lo que no está expresamente excluido resulta incluido en el concepto legal de salario. En contra en el Voto Particular de las SSTS de 24 y 25 de octubre de 2001, se indica que «la lista (...) de exclusiones expresas de la calificación salarial no es por cierto exhaustiva, sin que resulte difícil localizar en la Ley o en la práctica de las empresas, otros conceptos remuneratorios que carecen de carácter salarial», indicando una serie de conceptos.
- 126 *Vid.* MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, McGraw-Hill, Madrid 1999.
- 127 Los definen PADILLA MARTÍNEZ, F., y DOMMARCO LINDENTHAL-BREIER, A., «Política retributiva y de compensación. 1.ª parte», *RTSS (Estudios Financieros)* núm. 187, octubre 1998, p. 190, como aquellas «prestaciones heterogéneas cuyo común denominador es proporcionar al personal de una empresa o a un amplio sector del mismo ventajas económicas o servicios diversos, que no se encuentran conectados casualmente con el trabajo prestado». También indican que no son salario en especie ni liberalidades del empresario, son «contraprestaciones o utilidades, dinerarias o en especie, por la prestación de servicios por cuenta ajena de carácter indirecto, y al margen de la retribución estricta del trabajo realizado».
- 128 *Vid.* MERCADER UGUINA, J. R., *opus cit.* (Modernas tendencias en la ordenación salarial: la incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral).
- 129 Sobre la interpretación jurídica *vid.* GIULIANI, F. M., «Metagiurisprudencia», *RCeI* núm. 3, septiembre-octubre 2002.
- 130 MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* («La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?»), p. 36.
- 131 Precizando que «el título o hecho causante de dichos beneficios es (...) el estímulo a la permanencia en la empresa, pero no "las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador", ni las condiciones relativas "al trabajo realizado" (entre ellas, las derivadas de factores "vinculados al puesto de trabajo)", ni tampoco,(...), las que tienen su origen en la "situación y los resultados de la empresa"».
- 132 BORRAJO DACRUZ, E., «Configuración jurídica del salario», *RPS* núm. 50, 1961, pp. 9-10.
- 133 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* («Configuración jurídica del salario»), p. 155.
- 134 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* («Configuración jurídica del salario»), p. 155; Mismo autor *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias*), p. 39.
- 135 TAPIA HERMIDA, A., «¿Son salario las opciones sobre acciones (*Stock options*)?», *RTSS (Estudios Financieros)* núms. 209-210, agosto-septiembre 2000, pp. 191-195; También «ESOPs (*Employee Stock Options Plans*)», Naturaleza salarial de las opciones laborales sobre acciones», *RTSS (Estudios Financieros)* núm. 226, enero 2002, pp. 202-216.
- 136 Añadiendo: pues «en los sistemas retributivos complejos como éste, o como puede ser en ciertos aspectos el denominado bonus, puede ocurrir que el devengo no tenga relación totalmente directa con la actividad del trabajador, como sucedería en la remuneración complementaria pactada por objetivos encomendados a un equipo, o cuando el reparto de beneficios, caso de haberlos, fuese lineal, por categorías o niveles»; *Vid.* FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias del salario*), p. 43.
- 137 Precizando: pues «lo decisivo, lo determinante, el núcleo básico y esencial para tal calificación no viene dado por la posibilidad de cuantificar con precisión anticipada el salario, sino por la constatación de que la percepción a la que se tiene derecho trae causa, deriva de la relación de trabajo, de la prestación profesional de servicios laborales por cuenta ajena, tal y como exige el artículo 26.1 ET»; *Vid.* FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias del salario*), p. 45.

- 138 La razón la encuentra en una vieja y conocida tesis según la cual aquella norma prohíbe que el trabajador pacte con la empresa la renuncia de sus condiciones de trabajo, dentro de las que sean de derecho necesario, pero no impide que en uso de su libertad decida ejercitar o no su derecho, una vez producidas las condiciones para su ejercicio sin interferencia alguna del empresario. Especialmente **«cuando el ejercicio del derecho mismo exige que el trabajador lleve a cabo una serie de actos de valoración», pues en tales casos «su inactividad en modo alguno supone un acto de disposición prohibido por la ley, sino un acto de mera libertad del trabajador».**
- 139 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* («Configuración jurídica del salario»), p. 353 y en *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias*), p. 39 ss.; *Vid.* También UCELAY MONTERO, J. A., «Salarios globales y unificados», en *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, FDUCM, Madrid 1971, pp. 199-216; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., «Problemas jurídicos del pacto de salario global», *RPS* núm. 99, 1973, pp. 5-28, y «Complejidad y racionalización de la estructura del salario», *REDT* núm. 17, 1984, pp. 29-49.
- 140 Afirma ESTEVE GONZÁLEZ, L., «Proyección en el sector el derecho aplicable de las distintas concepciones de enriquecimiento sin causa», *ADC*, T. LIII, fascículo II, abril-junio 2000, en p. 535, que «en la actualidad se mantiene que lo "injusto" del enriquecimiento es el resultado mismo independientemente de los medios que hayan dado lugar a la producción de un resultado determinado», y más adelante, en p. 549 que «es igualmente posible afirmar la existencia de un principio general del Derecho, el del enriquecimiento injusto, que desde sus orígenes puede distinguirse del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones»; *Vid.* DíEZ-PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1987.
- 141 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias*), p. 45.
- 142 Indica MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* («La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options plans*: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?») p. 37, que «la política de gestión retributiva que subyace a los ESOPs participa de un proceso más global de sujeción del régimen jurídico-laboral a las exigencias del principio de eficiencia económica, en otro tiempo llamado "principio del rendimiento" y hoy expandido bajo la veste de principio pro domino y principio de defensa de la productividad ex artículo 38 CE».
- 143 *Vid.* FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias*), p. 39 ss.
- 144 Sistema salarial cuya modernidad es relativa pues si bien es desconocido en el vigente Estatuto de los trabajadores, ya se refería a él la LCT de 1944.
- Los distintos sistemas mediante los que en los Estados miembros de la Unión europea se ha fomentado la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de las empresas, aparece recogido en los Informes PEPPER («promoción de la participación de los trabajadores en los beneficios y en los resultados de las empresas»), elaborados por la Comisión a instancias del Consejo, Recomendación del Consejo 92/443/CEE, de 27 de julio de 1992. Concretamente en el Informe de la Comisión-PEPPER II, de 1996 (COM(96)697 final, de 8-1-1997). Como las categorías principales aparecen: A) Participación en beneficios; B) Accionariado de los trabajadores. Respecto de la primera sostiene que «contrariamente a las primas tradicionales, relacionadas con el rendimiento individual (...), la participación en los beneficios es un régimen colectivo aplicado a todos los trabajadores, o a un amplio grupo de ellos (...) La participación en los beneficios basada en el accionariado consiste en dar a los trabajadores una porción de acciones de la empresa en donde trabajan, en función de los beneficios u otra medida de rendimiento de la compañía»; En relación con la segunda afirma que «el accionariado de los trabajadores introduce una participación de éstos en los resultados de la empresa de una manera indirecta, es decir, sobre la base de la participación en la propiedad, ya sea mediante la percepción de dividendos, o mediante la realización de plusvalías sobre el capital en manos de los trabajadores, o bien una combinación de ambos. Si bien estas fórmulas no guardan una relación directa con los beneficios de la empresa, sí están relacionadas con su rentabilidad y permiten que los participantes se beneficien del crecimiento de sus beneficios. El accionariado de los trabajadores puede ser individual o colectivo; las acciones pueden ser de la empresa en donde trabaja el empleado o de otra». Más adelante señala «el término genérico "accionariado de los trabajadores" se utiliza frecuentemente para designar tanto la participación en los beneficios en forma de acciones como el accionariado de los trabajadores». Los regímenes a los que se refiere el Informe tienen las siguientes características «son regímenes internos (aplicados dentro de una empresa), colectivos (a disposición de todos los trabajadores, o de una gran parte de ellos), permanentes (aplicados de forma regular) y establecen una relación entre la participación de los trabajadores y el rendimiento de la empresa (de forma directa o indirecta)»; Distingue los siguientes tipos: PB, participación en beneficios; PBA, participación en los beneficios en forma de acciones; PBO, participación en los beneficios en forma de obligaciones; PBE, participación en los beneficios en efectivo; PDB, participación diferida de beneficios; AT, accionariado de los trabajadores; **OCA, opción de compra de acciones; ODCA, opción discrecional de compra de acciones; PAT, Planes de accionariado de los trabajadores; CET, compra de la empresa por los trabajadores**». Sobre la situación en España indica que «hasta ahora sólo ha recibido una atención muy limitada y no se ha encontrado entre los temas prioritarios de las negociaciones entre los interlocutores sociales», desarrollándolo más ampliamente en pp. 18-19.

- 145 Objeciones manifestadas en el Voto Particular a las SSTS de 24 y 25 de octubre de 2001.
- 146 Vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *opus cit.* (*La participación retributiva: evolución y tendencias*), p. 55.
- 147 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* («Configuración jurídica del salario»), pág. 461.
- 148 Indica MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* («La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options* plans: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?»), p. 36 que «la flexibilidad salarial supone tanto un proceso de diversificación (diferenciación) salarial como la búsqueda de mecanismos que aseguren la traslación directa o indirecta, a los trabajadores de riesgos que originariamente se entendían residenciados sólo, al menos formalmente, en la esfera del titular de la organización empresarial».
- 149 Vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., (*La participación retributiva: evolución y tendencias*), p. 45.
- 150 En el Voto Particular a las SSTS de 24 y 25 de octubre de 2001.
- 151 Sobre la base de que: a) «Un factor como la cotización en bolsa en el futuro de un grupo de sociedades mantiene una relación excesivamente remota y mediatizada con el trabajo desarrollado en las distintas unidades de producción de las empresas del grupo como para poder considerar que puedan constituir, si no va acompañado de referencias más concretas, una modalidad de retribución o contraprestación del trabajo»; b) «Sólo podría hablarse de la situación o de los resultados de una empresa como criterio de retribución del trabajo prestado cuando (...) los factores o elementos acogidos para su apreciación estén referidos también en mayor o menor medida, además de a la cotización bursátil, al rendimiento de una empresa o unidad de producción concreta (productividad, cifra de ventas, calidad del servicio), o a lo sumo a la rentabilidad (beneficios) de la sociedad titular de la misma».
- 152 Noción especialmente controvertida, que en nuestro ordenamiento tiene como punto de referencia principal, pero marcadamente insuficiente, el artículo 42 C. de c., siendo diferente la definición del grupo, en el ámbito contable y mercantil general (art. 42 C. de c.), en el mercado de valores (art. 4 LMV), en el ámbito fiscal (art. 81 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, según la redacción dada por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y en el laboral (obra de la Jurisprudencia, que se recoge ejemplarmente en la reciente STSJ de Galicia de 2 de febrero de 2001); Acerca de los grupos *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.* (*La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades*), capítulo IX, «Sobre la regulación general de los grupos en el marco del derecho de sociedades» pp. 293-329.
- 153 FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *opus cit.* («Configuración jurídica del salario»), p. 467.
- 154 Recuerda Gonzalo DIÉGUEZ, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, p. 244, que «para que la participación en beneficios "no altere la naturaleza del contrato de trabajo convirtiéndolo en uno de sociedad, es preciso que sea proporcionada en relación con la asignada al empresario"».
- 155 Vid. en *Estudios sobre el Salario*, Acarl, Madrid 1993, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «El concepto de salario en especie», pp. 395-407, y SANPEDRO GUILLAMON, «Los supuestos de salario en especie», pp. 413-430; ROZAS VALDÉS, J. A., «Rendimientos de trabajo en especie», Civitas, Madrid 1994; Según IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*), p. 106, «puede cuestionarse si dicha retribución constituye una remuneración en especie, consistente en las propias opciones o en expectativas de beneficio subyacente (sobrevalor en acciones), o si por el contrario se trata de una forma de retribución en metálico, traducida en los cobros de diferencias subyacentes, si se liquidan las opciones a diferencias, o incluso si se liquidan por entrega de acciones, consistente en la plusvalía percibida a tiempo de revenderse las acciones».
- 156 En ese sentido se manifiesta MOLINA NAVARRETE, C., *opus cit.* («La dimensión jurídico-salarial de los *employee stock options* plans: La doctrina legal ¿Zanja o relanza la polémica?»), pp. 48-49 y 62.
- 157 «El título fuente del poder (de optar) le dota de una tal sustantividad y transcendencia que lo promueve a la calidad de derecho subjetivo. La posibilidad de optar reúne los caracteres y aparece con los perfiles que definen el derecho subjetivo», TORRES LANA, J.A., *opus cit.* (*Contrato y derecho de opción*), p. 185.
- 158 FONTECHA, E., y DE CRISTÓBAL, L., «Los mercados de opciones», en *Curso de bolsa y mercados financieros*, ARIEL, Barcelona 2001, p. 986.
- 159 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*- Economía, política retributiva y debate social), p. 37.
- 160 Un supuesto singular es el de las llamadas «*purchased options*», supuesto en que el trabajador paga una parte del precio de ejercicio a la suscripción de las *stock options*, que no suele superar el 10%, de tal manera que el resto del precio lo pagará si las ejercita, pero si no lo hace las cantidades ya satisfechas no le serán devueltas.
- 161 FONTECHA, E., y DE CRISTÓBAL, L., *opus cit.* («Los mercados de opciones»), p. 991.
- 162 TAPIA HERMIDA, A. y TAPIA FRADE, A. D., *opus cit.* «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)]», p. 123.
- 163 SSTS, Sala Primera, de 22-12-1992, R.A. 10642; 22-11-1993, R.A. 9179; 14-2-1995, R.A. 837 y 31-7-1996, R.A. 5865.
- 164 TORRES LANA, J.A., *opus cit.* (*Contrato y derecho de opción*), p. 257.

- ¹⁶⁵ TORRES LANA, J.A., *opus cit.* (Contrato y derecho de opción), p. 259.
- ¹⁶⁶ Esa solución o la «recompra de las acciones a su precio de mercado actual, o cotización al final de la sesión bursátil de la fecha en que se extinga en contrato», parece a IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *opus cit.* (*Stock options*-. Economía, política retributiva y debate social), p. 248, más adecuado que establecer sistemas de asignación de tramos con el abono del «valor intrínseco actual» a la fecha de terminación el contrato o que la «fijación de diferentes valores de retorno de acuerdo con la valoración apriorística que el empresario hace de la fidelidad en la gestión y del cumplimiento teórico o real de objetivos en los distintos períodos de posible reembolso acordados».
- ¹⁶⁷ Como indica la STS, Sala Cuarta, de 3 de julio de 2001 (*Normacef Social*), «(...) la relación laboral que surge entre empresario y trabajador tiene por causa un contrato de naturaleza bilateral y consensual, lo que supone que su formalización exige la libre aceptación de ambas partes. A ello debe añadirse que **el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1 ET, de modo que produce efectos directos e inmediatos en la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción. Ello supone que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo (...)**». Como indica la STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001 (*Normacef Social*), tras recoger la doctrina legal expuesta lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo, precisando: «no cabe duda que si el empresario se retracta de la decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior, dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes (arts. 1.261 y 1.262 del CC) (...). Pero lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto la decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.265 CC) (...) ni (...) la negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión de éste».
- ¹⁶⁸ «No basta para que se entienda ejercitada la opción en tiempo oportuno que se manifieste esa voluntad dentro del plazo pactado, sino que es necesario que esa declaración de voluntad llegue al concedente de la opción dentro del plazo» [STS, Sala Primera, de 4-12-1997, (R.A. 8723)].
- ¹⁶⁹ TAPIA HERMIDA, A. y TAPIA FRADE, A.D., *opus cit.* «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)]», p. 105.
- ¹⁷⁰ El despido constituye una resolución unilateral del contrato de trabajo por el empresario, con efectos extintivos sobre el mismo y la relación laboral incluso aun cuando sea declarado improcedente, como indican, entre otras muchas, las SSTs, Sala de lo Social, de 12-7-1996 (*Normacef Social*) y de 3-7-2001 (*Normacef Social*), en términos de la primera de las sentencias citadas, la acción ejercitada por la trabajadora implica **«una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo»**.
- ¹⁷¹ TAPIA HERMIDA, A. y TAPIA FRADE, A.D., *opus cit.* «[*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans* –ESOPs)]», p. 105.
Del parecer expuesto discrepa, en cuanto al despido improcedente, el Voto Particular. Según los Magistrados firmantes del mismo, a la vista del concreto plan de *stock options*:
- a) **La aplicación del criterio analógico «no parece el adecuado en el caso, en cuanto que contradice la voluntad expresa del pacto o contrato de participación en el plan de *stock options*, donde se especifica que los supuestos enumerados de extinción del contrato de trabajo son los únicos que permiten la adquisición del derecho de opción de compra de acciones».**
 - b) **«Puesto que la voluntad de las partes en el convenio de opción de compra de acciones enjuiciado ha de excluir de manera implícita pero inequívoca la conservación del mismo cuando se ha extinguido el contrato de trabajo por despido improcedente, este derecho en curso de adquisición no permanece, extinguiéndose con el propio contrato de trabajo».**
 - c) Lo expuesto en los apartados a) y b) precedentes no impiden a aquellos Magistrados afirmar **que si se hubiera producido un daño en los intereses del trabajador tal puede ser «indemnizable, cuando el trabajador haya cumplido su parte en el convenio de opción de compra de acciones, con sacrificio real o potencial de otras expectativas profesionales, y la extinción del contrato de trabajo tenga por objeto perjudicar el derecho futuro».**
- ¹⁷² La Jurisprudencia y la doctrina laboralista es muy amplia en este punto, baste, respecto de la Jurisprudencia, dejar sentada aquella afirmación por lo demás evidente, y en relación con la doctrina, limitándonos al despido improcedente, con la cita de MONTROYA MELGAR, A., «El despido improcedente y sus efectos» en *Estudios sobre el despido disciplinario*, Acarl, Madrid 1992, pp. 501-534; RODRÍGUEZ PASTOR, G. E., «Efectos de la declaración de improcedencia del despido disciplinario», *AL*, 1993, III, pp. 615-640; RODRÍGUEZ SANUDO, F., «Reflexiones en torno al régimen jurídico del despido improcedente» en *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Estudios ofrecidos al Profesor ALONSO OLEA

con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela (GÁRATE CASTRO, coord.), Universidad, Santiago de Compostela, 1997, pp. 205-212; NICOLAS BERNARD, J. A., «Los efectos económicos del despido improcedente: aspectos controvertidos de las condenas de carácter pecuniario», *AL* núm. 7, 1998, pp. 99-112; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Formalidades y procedimientos de extinción del contrato de trabajo», *RDS* núm. 4, 1998, pp. 67-94.

- 173 En la doctrina laboralista pueden destacarse, entre otros, en *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Estudios ofrecidos al Profesor ALONSO OLEA con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Santiago de Compostela (GÁRATE CASTRO, coord.), Universidad, Santiago de Compostela 1997, los siguientes trabajos, CRUZ VILLALÓN, J., «El reconocimiento de la improcedencia del despido en la conciliación preprocesal», pp. 343-366; GÁRATE CASTRO, J., «Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del artículo 56, núm. 2, del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores», pp. 367-388; LÓPEZ CUMBRE, L., «Vinculatoriedad y efectos del reconocimiento empresarial del despido en el acto de conciliación prejudicial», pp. 213-225; RON LATAS, P., «Cinco problemas al reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido en conciliación extrajudicial», pp. 389-397; también BURGOS HERRERA, «De nuevo sobre la forma y requisitos de oferta e improcedencia del despido en la conciliación previa. Comentario a la STSJ de Cataluña de 2 de abril de 1998», *AS*, 1998 II, pp. 2.635-2.640; ROMERO PRADA, M. I., «La posible limitación de los salarios de tramitación, e artículo 56.e ET. Incidencias procesales», Tirant lo Blanch, Valencia 1998; CAIROS BARRETO, D.M., «La limitación de los salarios de tramitación», *AL*, 1996 III, pp. 801 ss.
- 174 RIERA VAYREDA, C., *El despido nulo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- 175 Según Díez-Picazo, L., «Comentario al artículo 1.256», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 432, «el artículo 1.256 no es consecuencia necesaria de la fuerza obligatoria de los contratos. Tampoco la regla de la igualdad de los contratantes parece llevar a las consecuencias en que se nos quiere colocar»; advierte Quiñonero Cervantes, E., «Comentario al artículo 1.256», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., directores), Edersa, Madrid 1993, p. 298, «en buena técnica, el artículo 1.256 debiera referirse al cumplimiento de las obligaciones que nacen de los contratos, y no a los contratos».
- 176 En los supuestos que indica la STS, Sala Cuarta, de 25-6-2000 (*Normacef Social*). Destacan la voluntariedad de la prebubilación las SSTS, Sala Cuarta, de 17-12-1997 (*Normacef Social*) y 2-2-2000 (*Normacef Social*).
- 177 Como indica el Abogado General F. G. Jacobs en su conclusión 51 del Escrito de Conclusiones presentado el 19 de septiembre de 2002, en el Asunto C-437/00, Giulia Plugliese contra Fimmechanica SpA, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- 178 *Vid.* Nota anterior.
- 179 *Vid.* Nota anterior.
- 180 Según el Abogado General F. G. Jacobs en su conclusión 52 del Escrito de Conclusiones citado (presentado el 19 de septiembre de 2002, en el Asunto C-437/00).
- 181 Por el contrario en el Voto Particular de las SSTS de 24 y 25 de octubre de 2001 se afirma «que no siendo un beneficio salarial, los beneficios derivados del ejercicio de la opción de compra de acciones (...), no deben computar para las indemnizaciones que tienen como base el salario, entre ellas, la indemnización por despido improcedente».
- 182 Tapia Hermida, A. y Tapia Fraide, A.D., *opus cit.* [*Stock options* (opciones sobre acciones) y planes de *stock options* dirigidos a los trabajadores (*employee stock options plans*, ESOPs)], pp. 81 ss.