

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Licenciado en Derecho

Doctorando en la Universidad de Salamanca

Extracto:

EL salario es un elemento central dentro del desarrollo del mercado de trabajo, por ser el precio de la disponibilidad del esfuerzo laboral ajeno. En esta nueva era existen diversas formas de participación retributiva de los trabajadores en la empresa, catalogándose como figuras atípicas y de contornos difusos, teniendo que buscar una interpretación amplia y flexible del salario. La jurisprudencia ha jugado un papel muy importante a la hora de resolver las lagunas que presentan estas nuevas figuras retributivas. Todo ello se debe a los cambios productivos y tecnológicos que hemos vivido a finales del siglo anterior. El presente estudio pretende dar una visión general del salario, partiendo desde sus inicios, y pasando por la evolución que ha dado a través del tiempo hasta llegar al siglo XXI. Destacando las nuevas fórmulas retributivas de participación de los trabajadores, especialmente a los planes de participación de los trabajadores en beneficios, *ESOPs*, reparto de acciones propias entre los empleados de la empresa, *stock option*, los *fringe benefits*, fondos de inversión de los trabajadores, obligaciones convertibles en acciones, acciones por rendimiento, acciones sin voto, derechos sobre la revalorización de la acción y *phantom stock*, entre otras.

Sumario:

Abreviaturas.

I. Complejidad del salario.

- 1.1. Evolución de la composición del salario.
- 1.2. Visión económica frente a la concepción social del salario.
- 1.3. Nociones jurídicas del salario.
- 1.4. Flexibilidad laboral.

II. Participación retributiva de los trabajadores en la empresa.

- 2.1. Origen y desarrollo de la participación.
- 2.2. Modalidades de participación.

III. Especial consideración a la participación de los trabajadores en los beneficios.

- 3.1. Origen y naturaleza salarial de la participación en los beneficios.
 - 3.1.1. Origen.
 - 3.1.2. Naturaleza salarial.

IV. Nuevas fórmulas retributivas de participación de los trabajadores en la empresa.

- 4.1. Planes de participación de los trabajadores en beneficios.
 - 4.1.1. La participación en los beneficios del alto directivo de la empresa.
 - 4.1.2. Los blindajes de los contratos de alta dirección.

- 4.2. Planes de Participación en la Propiedad por los empleados (ESOPs).
 - 4.3. Reparto de acciones propias entre los empleados de la empresa.
 - 4.4. Opción sobre acciones *stock option*.
 - 4.4.1. Origen.
 - 4.4.2. Concepto.
 - 4.4.3. Insuficiencia de base normativa.
 - 4.4.4. Naturaleza salarial.
 - 4.5. Los *fringe benefits* o compensación accesorias.
 - 4.5.1. Nociones y naturaleza de los *fringe benefits*.
 - 4.5.2. Dificultades para su catalogación.
 - 4.6. Fondos de inversión de los trabajadores.
 - 4.7. Obligaciones convertibles en acciones.
 - 4.8. Acciones por rendimiento.
- V. Otras modalidades retributivas de participación.
- 5.1. Acciones sin voto.
 - 5.2. Derechos sobre la revalorización de la acción.
 - 5.3. Acciones fantasmas o *phantom stock*.
 - 5.4. Compra de acciones a precio inferior al del mercado.
 - 5.5. Retribución vinculada a la evolución de la cotización.

VI. Reflexión final.

ABREVIATURAS

AL	Actualidad Laboral.
AS	Aranzadi Social.
C.C.	Código Civil.
CEFRTSS	Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CES	Consejo Económico y Social.
CH	Capital Humano.
DJ	Documentación Jurídica.
DLL	Diario La Ley.
E	Economistas-Revista.
ESOPs	Planes de Participación en la Propiedad por los empleados.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
JL	Justicia Laboral.
LH	Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales.
RAP	Revista de Administración Pública.
RDP	Revista de Derecho Político.
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo.
REIS	Revista Española de Investigaciones Sociológicas.
REST	Revista de Economía y Sociología del Trabajo.
RH	Recursos Humanos.
RISS	Revista Internacional de Seguridad Social.
RIT	Revista Internacional del Trabajo.
RL	Relaciones Laborales.
RMTSS	Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.
RPS	Revista de Política Social.
RT	Revista de Trabajo.
SAR	<i>Stock appreciation rights.</i>
Smm	Social mes a mes.
TCE	Tratado de la Comunidad Europea.
TM	Temas Laborales.

I. COMPLEJIDAD DEL SALARIO

1.1. Evolución de la composición del salario.

En el comienzo de su existencia el salario se caracteriza por su simplicidad, ya que existía una única y exclusiva remuneración del trabajador consistente en una cantidad de dinero. En otras palabras, consistía en un valor de simple precio concertado del trabajo, como prestación de una relación mutua de deuda entre las partes ¹. Esto se debía básicamente a que la prestación laboral se determinaba atendiendo a la labor realizada y al tiempo empleado por el trabajador. Para ese entonces no se tomaban en cuenta las condiciones objetivas ni subjetivas. La configuración del salario se establecía de manera expresa en el contrato individual de trabajo o de manera tácita por mandato propio del mercado de trabajo ².

Con el paso del tiempo, el salario pasaba a ser un concepto más amplio, uniendo el salario base con unas prestaciones complementarias, adquiriendo de esta manera el carácter salarial ³. Posteriormente, el empresario desea mejorar la producción y la organización de la empresa, que asocia incluso al trabajador a los resultados de la empresa ⁴. Se va superando la contratación individual al incorporarse las negociaciones colectivas, modificando la estructura salarial y condicionando incluso a varios países en esta materia, variando su estructura en cada uno de los países ⁵.

Las causas fundamentales que en su momento instigaron la transformación de la estructura salarial fueron: la superación de la contratación individual, muy propia del liberalismo, y la gran complejidad de los procesos productivos y sistemas organizativos. El propio trabajador se ha beneficiado con estas técnicas. El empresario, con lograr sus fines, comenzó a valorar las condiciones subjetivas del empleado y las objetivas, y de esta manera ciertos trabajadores fueron premiados por su trabajo, mediante el complemento por antigüedad de la empresa o primas por rendimiento ⁶.

¹ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Librería General Victoriano Suárez, 1.ª ed., Madrid, 1957, pág. 304.

² GONZÁLES POSADA y MARTÍNEZ, E.: «La determinación y estructura del salario», *RPS*, N.º 141, 1984, págs. 29-75.

³ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 304.

⁴ CAMERLYNCK, G. y LYON-CAEN, G.: *Derecho del Trabajo*, Biblioteca jurídica Aguilar, 1974, pág. 185.

⁵ RIVERO LAMAS, J.: «Políticas de rentas y salarios en los países de la CEE», *RT*, N.º 57-58, 1980, pág. 41.

⁶ HERRAIZ MARTÍN, M.: *Los Complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*, CES, Madrid, 1997, pág. 35.

La crisis económica que tuvo España en los años setenta y los efectos negativos que trajo sobre el volumen de empleo han motivado en cierta manera la aparición y desarrollo de nuevas líneas de acción en el campo de la política económica, ante la aparente inoperancia de las actuaciones apoyadas en los instrumentos suministrados por la política macroeconómica convencional, con el propósito de hacer frente a los desequilibrios generados y acentuados en dicha crisis. Diversas fórmulas se han atribuido con el fin de promover situaciones de equilibrio, dentro de los mercados de trabajo, sobre la base común de una mayor flexibilidad salarial⁷ y del empleo⁸, tratando de liberalizar el funcionamiento del mercado⁹.

El legislador, con el paso del tiempo, empieza a tener en cuenta tanto los aspectos objetivos como las condiciones subjetivas del trabajador a la hora de precisar la retribución que le corresponde. Es imposible, en la actualidad, reconducir el término de salario a una noción tanto general como abstracta, y acogiendo a la vez todos los componentes básicos del salario y la integridad de los elementos que conforman su estructura¹⁰.

Con frecuencia se utiliza el término salario «como una realidad simple, es conocido que, muy al contrario, se trata de un concepto complejo, compuesto normalmente por sumandos variados, tanto desde el punto de vista de su causa como en consideración a su importancia económica, a su periodicidad o a su régimen jurídico»¹¹.

El Derecho del Trabajo es dinámico, lo que pone de manifiesto la práctica diaria, debido al contenido de las relaciones laborales y a las materias que esta área del Derecho tiene que regular. En el constante movimiento múltiple de renovación del Derecho laboral, se encuentra el retributivo. Cualquier observador se verá sorprendido por las nuevas manifestaciones de acontecimientos que de forma inesperada surgen alrededor de la relación laboral, como son las nuevas formas de compensación del trabajo¹².

⁷ GONZÁLEZ LABRADA, M. y VALLEJO DA' COSTA, R.: «La participación en los beneficios y resultados de la empresa y la flexibilidad salarial», en AA.VV. (Coordinador: MONEREO PÉREZ, J.): *La Reforma del Mercado de Trabajo y de la Seguridad Social*, Monografía Universidad de Granada, Granada, 1996, págs. 309-316.

⁸ AA.VV. (Coordinador: SUPLOT, A.): *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 277. Informes de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE): «La flexibilidad laboral en la empresa», en *Flexibilidad y mercado de trabajo*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pág. 136. MERCADER UGUINA, J.: «La flexibilidad como exigencia de nuestro tiempo», en *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 63.

⁹ Identifica con tres factores las causas de la inercia ante los cambios económicos que requerirían una política más realista de mercado de trabajo: «la incuestionable preocupación intervencionista y el temor a una deslegitimación social del movimiento sindical». RIVERO LAMAS, J.: «Introducción, política de convergencia, flexibilidad y adaptación del Derecho del Trabajo», en AA.VV. (Coordinador: RIVERO LAMAS, J.): *Flexibilidad Laboral en España*, Instituto de Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993, pág. 27.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.: «La estructura del salario (Comentario al art. 26.3 y disposiciones concordantes del Estatuto de los Trabajadores modificado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)», en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del salario*, Tomo I, Volumen I, Edersa, Madrid, 1994, pág. 47.

¹¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «Complejidad y racionalización de la estructura del salario», *REDT*, N.º 17, 1984, pág. 29.

¹² Véase GONZÁLEZ GÜEMES, I.: *Salario mínimo y empleo en España*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000.

1.2. Visión económica frente a la concepción social del salario.

El salario ¹³ es un elemento central dentro del desarrollo del mercado de trabajo, por ser el precio de la disponibilidad del esfuerzo laboral ajeno. Adquiriendo el salario una doble dimensión funcional: por una parte, como renta de un sector de la población activa, que se vincula con la demanda del grupo social, incidiendo de esta manera en la situación económica general; por otra parte, como coste de la empresa con virtualidad para influir en la orientación de la productividad. En otras palabras, el salario es una fuente de renta como un coste en la economía ¹⁴.

Desde la perspectiva empresarial, el salario viene a ser un coste para la empresa; y para el trabajador es un medio económico fundamental para satisfacer sus necesidades y las de su familia. El aspecto dualista del salario se refleja en ser una percepción económica que permite la reproducción en la supervivencia y condiciones de existencia general del trabajador; y a la vez es un instrumento de gestión de servicios laborales, tanto en calidad como en cantidad, esta perspectiva se representa subjetivamente del valor propio del trabajo en la empresa y se relaciona por sí con la motivación ¹⁵ del trabajador ¹⁶.

El salario nace como un coste económico social de las empresas que permite garantizar la producción del trabajador, así como el mantenimiento dinámico, «(es decir, en cada momento de la vida del trabajador) de un determinado nivel de consumo de bienes y servicios» ¹⁷. Como resultado de tal afinidad del contrato de trabajo aparece intervenido con fuerte componente normado que pone límites explícitos a la pura actuación de la lógica económica como determinante de la mercantilización de las condiciones de existencia del trabajador en el mercado laboral y dentro de la propia empresa.

La noción jurídica de retribución se adecua a la económica, pero las dos nociones antes dichas no coinciden por la constricción que las normas jurídicas heterónomas y los mecanismos de representación colectiva de los trabajadores operan sobre la realidad económica a los propios fines. Todo ello produce una «desmercantilización» relativa del trabajo, mediante instrumentos de racionalización pública y colectiva, articulándose mediante técnicas jurídicas difundidas por el Derecho del Trabajo, entre las que destaca la creación de normas imperativas con una teleología propia que se impone a la voluntad de las partes y modifica directamente el contenido de los negocios jurídicos creados por las mismas ¹⁸.

¹³ URESTE GARCÍA, C.: «El salario», *RMTAS*, N.º 38, 2002, págs. 95-121.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.: *El salario y su estructura después de la Reforma laboral de 1997: la gran transformación, la política salarial en el nuevo paradigma de organización industrial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 10.

¹⁵ Véase HERNAN RULL, D.: «Del gran hermano a la gestión por objetivos», en www.aadat.org/gran_hermano18.htm

¹⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.: *Configuración jurídica del salario*, Editorial Comares, Granada, 2001, págs. 69-70.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.: *El salario y su estructura después de la Reforma laboral de 1997: la gran transformación, la política salarial en el nuevo paradigma de organización industrial*, op. cit., pág. 11.

¹⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.: *Configuración jurídica del salario*, op. cit., págs. 71-73.

La misma liberación de los mercados de trabajo, en la perspectiva de las actuales orientaciones de la política de empleo, significa impulsar mecanismos de «compensación directa o indirecta demanda-oferta conexos a conveniencias y a oportunidades de mercado, en relación con la calidad de la oferta (cuyo efecto es la dispersión salarial derivada de diferencias en la cualidad o productividad de los trabajadores en cada ocupación) y a las exigencias de la demanda»¹⁹.

1.3. Nociones jurídicas del salario.

El salario, en el ordenamiento jurídico, se presenta como una figura poliédrica, con eje de todo un sistema de medidas legales de alcance, finalidades y naturaleza jurídica distintos, las que corresponden a una serie de factores que integran y constituyen esta figura tan compleja²⁰. El «derecho constitucional laboral»²¹ español indica en el artículo 35.1 que²² «Todos los españoles (...) tienen (...) el derecho (...) a una remuneración suficiente²³ para satisfacer sus necesidades y las de su familia (...)».

El asalariado debe establecer un equilibrio entre las necesidades que busca satisfacer y los medios de que dispone para lograrlo. Es precisamente la preocupación que se manifiesta al establecer el precepto constitucional que su salario es para él «el medio de satisfacer las necesidades de su familia». En función de esta actitud fundamental, y en vista de que el costo de la vida va en aumento, reclama un aumento de salario por lo menos igual al alza de vida.

La suficiencia salarial es un concepto jurídico indeterminado²⁴. La Constitución Española indirectamente se refiere al salario en otros preceptos, en el artículo 35.2 al señalar que «la ley regulará un Estatuto de los Trabajadores», y en el artículo 38 donde²⁵ «reconoce la libertad de empresa

¹⁹ Ídem, pág. 81.

²⁰ HERRERO NIETO, B.: «Aspectos patrimoniales del Derecho del Trabajo», *RD*, Volumen 42, 1958, págs. 124-125.

²¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.: *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 23-31.

²² AA.VV.: *Comentarios a la Constitución*, Civitas 3.ª ed., Madrid, 2001, págs. 807-813. SAGARDOY BENGOCHEA, J.: «Artículo 35. Derechos laborales», en AA.VV. (Director: ALZAGA VILLAAMIL, O.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo X, Artículos 128 a 142. Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1985, págs. 467-506.

²³ MONTOYA MELGAR, A.: «La protección constitucional de los derechos laborales», en AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 290-291.

²⁴ Véase el principio de igualdad en la retribución del trabajo, en MONTOYA MELGAR, A.: «La retribución del trabajo», en DURÁN LÓPEZ, F. y otros: *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, págs. 237-238.

²⁵ «La Constitución legitima la existencia de un sector público y hace posible la planificación y, por otra, garantiza el derecho a la libertad de empresa (a su creación y funcionamiento) y constitucionaliza una economía de mercado, aunque deja a la libre expresión de la mayoría legislativa la determinación de sus características». En MOLAS ISIDRE.: *Derecho Constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 330. «En este sentido, son interesantes las reflexiones de Goig Martínez cuando diferencia una doble perspectiva en relación con la libertad de empresa, una subjetiva y otra objetiva. En virtud de la primera se reconoce al empresario una libertad de decisión: "a) para crear empresas que puedan actuar en el mer-

en el marco de la economía del mercado». Constitucionalmente se garantiza la percepción del salario al máximo nivel ²⁶, «exigiendo que se respete su suficiencia, así como, indirectamente, su dependencia de la productividad, y sometiendo su régimen jurídico al principio de legalidad, exigencias las anteriores que demandan del ordenamiento jurídico positivo un particular esfuerzo de adecuación» ²⁷.

El Estatuto de los Trabajadores (ET), se refiere expresamente al salario en los artículos 26 a 33, de igual manera de forma indirecta el ET complementa esa regulación en otros artículos. El ordenamiento laboral estatutario «no agota la regulación general del salario, regulación que viene completada mediante la declaración de vigencia de normas anteriores, cuestión esta de primordial interés en lo que se refiere a las fuentes reguladoras» ²⁸.

La inexistencia de reforma en los apartados 1 y 2 del artículo 26 ET ²⁹ hace que se considere salario «la totalidad de las prestaciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como trabajo» ³⁰, se piensa que no existe modificación en el concepto de salario, ni mucho menos en sus modalidades ni en los diversos sistemas salariales. En cuanto al concepto real de salario, no existen esas variaciones, manteniéndose el precedente, la diferencia entre percepciones salariales y extrasalariales y el concepto de aquellas que se manifiestan en el artículo 26.2 ET. La derogación de la Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1973, sobre ordenación del salario, hace que no se aplique la especificación que en la misma Orden se indicaba en su artículo 4, lo que es claro es que todas las que señalaba la Orden Ministerial y cualquiera similar se deben entender como percepciones no salariales.

El «Estatuto salarial» está mostrando evidentes signos de descomposición y de desestructuración. Ello se ha reflejado en las dos vertientes del Derecho Social articuladas en dos ramas diferenciadas pero íntimamente articuladas: en primer lugar, en la tutela del trabajador en el cuadro de

cado, b) para establecer los propios objetivos de la empresa, c) para dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y a las condiciones del propio mercado, y d) para la gestión de la propia empresa y del personal", mientras que desde el punto de vista objetivo, la libertad de empresa es un elemento de un determinado sistema económico que se debe ejercer dentro de un marco configurado por una serie de normas». En AA.VV. (Coordinador: GARRIDO FALLA, F.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 834.

²⁶ En el año 2000 en España fue de 1.384 euros, siendo la hora de ganancia media trabajada en 9, 74 euros, datos obtenidos del Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística. En <http://www.ine.es/revistas/cifra/cifra1.pdf>

²⁷ PRADAS MONTILLA, R.: «Reflexiones generales sobre la ordenación jurídica del salario en el ordenamiento laboral español», en AA.VV. (Coordinador: DE LA VILLA GIL, L.): *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, pág. 58.

²⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.: «Las fuentes reguladoras del salario», en AA.VV. (Coordinador: DE LA VILLA GIL, L.): *Estudios sobre el salario*, op. cit., pág. 28.

²⁹ «Nuestro legislador ha forjado una definición estipulativa omnicompreensiva del salario a efectos jurídico-laborales. Se trata de una definición anclada en el concepto de reciprocidad o sinalagmaticidad, pues enlaza *causalmente* el salario –salvo los períodos de descanso retribuidos– con la efectiva prestación de los servicios profesionales por cuenta ajena» en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.: *Configuración jurídica del salario*, op. cit., pág. 95-96.

³⁰ Al respecto, véase MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Régimen jurídico del salario», en AA.VV. (Coordinador: BORRAJO DACRUZ, E.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo VI, artículos 26 a 33 El Estatuto de los Trabajadores, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1982, pág. 15-63.

su relación laboral, donde se aprecia un debilitamiento de los mecanismos de composición de la desigualdad derivada de la subordinación jurídico-económica del trabajador. En segundo lugar, en la organización de la solidaridad que hace posible la tutela de la clase trabajadora ante los riesgos derivados de la existencia y del propio trabajo dependiente, donde se comprueba el renacimiento bajo nuevas formas de «solidaridades particulares» y la crisis de la «solidaridad general»³¹.

El tema salarial y lo relacionado con este particular aparece tratado mediante «normativas sobre los salarios en el ámbito de la Comunidad Europea»³². El artículo 141.1 del TCE proporciona un concepto funcional e instrumental del salario y de su estructura al servicio de sus específicos fines de política del Derecho, señalando «el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

Todas las percepciones económicas de los trabajadores que tengan su causa directa en el trabajo prestado³³ y no constituyan un gasto imputable a la empresa –remuneraciones directas– o sean retributivas de los tiempos de descanso computables como trabajo –remuneraciones indirectas³⁴– son consideradas salario, y éste puede ser abonado en metálico o en especie³⁵.

Es obligación del empresario la retribución económica del trabajo prestada por el trabajador³⁶. El trabajador tiene el derecho básico a que se le remuneren sus servicios. Por ello el salario «es la percepción que retribuye el trabajo por cuenta ajena (los servicios retribuidos, la retribución debida o la prestación profesional de servicios retribuida son soportes explícitos en los arts. 1.1, 8.1 y 26.1 LET). Esta realidad tiñe la estructura del contrato de trabajo con el carácter oneroso por el que se recibe trabajo de salario y, por tanto, con un doble e inverso desplazamiento patrimonial»³⁷. El salario supone la contraprestación del empresario.

La vinculación existente del salario a la actividad laboral del trabajador «convierte aquél en elemento esencial de ésta y, por tanto, del contrato de trabajo mismo (art. 1.1 ET): sin retribución no hay contrato de trabajo ni actividad laboral en sentido jurídico»³⁸. Si la causa del contrato de tra-

³¹ MONEREO PÉREZ, J.: El Derecho Social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo», *LH*, N.º 2, 2000, pág. 240.

³² COLINA ROBLEDO, M.: «Normativas sobre los salarios en el ámbito de la Comunidad Europea», en AA.VV. (Coordinador: DE LA VILLA GIL, L.): *Estudios sobre el salario*, op. cit., págs. 217-275. Al respecto, el derecho de los demás países de la Comunidad Europea. En MONTAÑA MELGAR, A.: «La retribución del trabajo», en DURÁN LÓPEZ, F. y otros: *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, op. cit., págs. 237-238.

³³ Véase GARCÍA MURCIA, J.: «Concepto y estructura del salario», *REDT*, N.º 100, 2000, págs. 617-622.

³⁴ ALONSO OLEA, M.: «Salarios y Seguridad Social 1958», *RISS*, N.º 2, 1958, pág. 271.

³⁵ Véase ALEGRE LÓPEZ, J.: «Salarios en dinero y en especie, porcentajes y comisiones», en AA.VV.: *Estudios sobre la ordenación del salario*, Universidad de Valencia, Valencia, 1976, págs. 149-185.

³⁶ ALMANSA PASTOR, J.: «La obligación salarial», en AA.VV. (Director: ALMANSA PASTOR, J.): *Estudios sobre la ordenación del salario*, Universidad de Valencia, 1976, págs. 73-97.

³⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Colección Ceura Editorial, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1999, pág. 853.

³⁸ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El salario en especie*, Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 20.

bajo es el cambio de trabajo por salario y mediante la ajenidad en los frutos cobra sentido que el empresario sea el titular originario de la utilidad patrimonial que reporta el trabajo que se presta en régimen de dependencia. «El trabajo objeto del Derecho del Trabajo es "por cuenta ajena" en el sentido de que la utilidad patrimonial del trabajo se atribuye a persona distinta del propio trabajador, a saber, el empresario. Los bienes o servicios producidos por el trabajador no le reportan a éste un beneficio económico directo, sino que tal beneficio corresponde al empresario, que a su vez compensa al trabajador con una parte de esa utilidad (el salario)»³⁹.

Queda claro que el salario es la contraprestación básica y de manera irrenunciable que percibe el trabajador como resultado de los servicios prestados⁴⁰. El salario para el empresario es el precio del trabajo y, en justicia conmutativa, no puede ser más que el equivalente del esfuerzo y del rendimiento⁴¹. En la distinción entre salario y percepciones no salariales, al no modificarse el concepto de salario, subsiste «el carácter no nominalista de esa distinción, por lo que la determinación de si una retribución debe ser considerada salario o no dependerá, no de la denominación que se le dé, sino de su auténtica naturaleza, existiendo en todo caso una "vis atractiva" del salario, de todo lo pagado al trabajador, sin perjuicio de que se pruebe lo contrario»⁴². La flexibilidad laboral juega un papel importante en la retribución a los trabajadores, y el Derecho del Trabajo debe adaptarse a estas nuevas manifestaciones.

1.4. Flexibilidad laboral.

A través del tiempo⁴³, en el contexto económico actual, la flexibilidad ha generado un macro-concepto social, es una figura que caracteriza el actuar social. Por ello el Derecho debe adaptarse a esta necesidad de flexibilidad⁴⁴. Una economía flexible otorga un gran abanico de diversos productos para satisfacer las necesidades sociales, en este sentido la flexibilidad laboral es de manera efectiva una gran lucha contra el desempleo⁴⁵. Sobre esta idea se ha suscitado polémica, ya que no es aceptada por todos en la actualidad⁴⁶. La flexibilidad se debate sobre concepciones de control,

³⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 22.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 38.

⁴⁰ «Si no hay percepción económica (del tipo que fuere) no puede haber salario; o si, habiéndola, no tiene su causa en el trabajo efectivamente prestado o (en) lo que a él se asimila, tampoco será "salario"». Sentencia del TS, 24 de junio 1986. RJ 1986, 3595.

⁴¹ BORRAJO DACRUZ, E.: «Configuración jurídica del salario», *RPS*, N.º 50, 1961, pág. 7-9.

⁴² RAMÍREZ MARTÍNEZ y ALFONSO MELLADO, C.: *El salario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 27.

⁴³ Véase MERCADER UGUINA, J.: «La flexibilidad como exigencia de nuestro tiempo», en *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 63.

⁴⁴ CARBONIER, J.: *Derecho flexible*. Tecnos, Madrid, 1974. KELLY, G.: «Empleo y conceptos del trabajo en la nueva economía mundial», *RIT*, Volumen 119, N.º 1, 2000/1, pág. 5-35.

⁴⁵ GIL, I.: «Reorganización del trabajo y descentralización productiva ¿flexibilidad o degradación de las condiciones de trabajo», en www.etuc.org/tutb/uk/saltsa/gil-esp.pdf

⁴⁶ Manifiesta que es un sacrilegio insinuar que la flexibilidad aumenta el empleo en su totalidad de la población activa. REVEL, J.: «Privilegios estatales y desigualdades sociales», *Claves de la razón práctica*, N.º 104, 2000, págs. 23-24.

sobre las representaciones del entorno y las diferentes soluciones que se aportan a los problemas que se detectan. Por ello se dice que la flexibilidad es un «fenómeno polimórfico que engloba prácticas de naturaleza diferente»⁴⁷.

Más que la flexibilidad del Derecho del Trabajo en su totalidad, tiene que ser la flexibilidad del mercado de trabajo. Consiste en la incorporación de procedimientos de adaptabilidad en las diferentes etapas de la relación laboral, otorgándole de este modo al empresario cierto poder en la dirección y control de la mano de obra, como: «la oferta de modalidades de contratación plurales (flexibilidad de "entrada", la definición más flexible del contenido de la prestación laboral sistemas de clasificación profesional y de redistribución, movilidad funcional⁴⁸, movilidad geográfica⁴⁹ y modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁵⁰), la reordenación del tiempo de trabajo (jornada, descansos, trabajo nocturno, a turnos) y, en fin, la ampliación de los supuestos de extinción de la relación laboral (flexibilidad de "salida")»⁵¹.

La flexibilidad laboral es un aspecto de la flexibilidad total de las empresas que introducen nuevos productos o retiran los antiguos, acelera la introducción de nuevas tecnologías, traslada las instalaciones de producción, modifica los precios o cambia de métodos de gestión. Cualquier clase de inflexibilidad limita la capacidad de la empresa para reaccionar ante el avance de la situación económica⁵².

La flexibilidad salarial son las estrategias para reducir las rigideces de los salarios y poder adaptar dicha estructura salarial a los criterios de rendimiento, cualificaciones y movilidad. De esta flexibilidad deriva un doble efecto: la variación de los costes laborales por el ajuste realizado sobre los contratos y las horas laboradas, así como el establecimiento de una estructura salarial que se encuentre más relacionada con el desempeño y con los resultados que persigue la empresa⁵³.

Dentro de la flexibilidad salarial encontramos la flexibilidad externa, la encargada de adaptar el salario a las fluctuaciones cíclicas y a los cambios provenientes del exterior, y la flexibilidad interna, dependiente del *performance* empresarial. Las transformaciones que se han manifestado en este aspecto son las que han afectado a la estructura tradicional del salario y «a las más que notables alte-

⁴⁷ COLLER, X.: *La empresa flexible. Estudio sociológico del impacto de la flexibilidad en el proceso de trabajo*, op. cit., pág. 44.

⁴⁸ GÁRATE CASTRO, J.: «La movilidad funcional: (en torno al art. 39)», *REDT*, N.º 100-I, 2000, págs. 831 - 849. QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Movilidad funcional, titulación del trabajador y retribución: criterios jurisprudenciales», *AL*, N.º 46, 1996, págs. 895-903.

⁴⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Movilidad geográfica del trabajador: (en torno al art. 40)*, *REDT*, N.º 100-I, 2000, págs. 851 -863. SERRANO OLIVARES, R.: «La movilidad geográfica disciplinaria a la luz del derecho al respeto de la vida privada y familiar del trabajador», *AL*, N.º 21, 2000, págs. 349-365.

⁵⁰ SENRA BIEDMA, R.: «Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial», *RL*, N.º 6, págs. 8-46.

⁵¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «La función y la refundación del Derecho del Trabajo», *RL*, 2000, pág. 27.

⁵² Informes de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE): «La flexibilidad laboral en la empresa», en *Flexibilidad y mercado de trabajo*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pág. 136.

⁵³ ALBIZU, A.: *Flexibilidad laboral y gestión de los Recursos Humanos*, op. cit., pág. 20.

raciones y redefiniciones de los sistemas tradicionales clásicos» y «los cambios fisiológicos que se vienen operando en los componentes salariales clásicos por obra de la intervención de la negociación colectiva»⁵⁴.

Tenemos que mentalizarnos de que «exigen el arraigo e incardinación actuales de la flexibilidad en el ordenamiento laboral es la de entenderla, al menos en algunas de sus manifestaciones, como un elemento natural del régimen jurídico de las relaciones de trabajo en las actuales sociedades postindustriales, con el que hay que aprender a convivir, y cuya aportación es preciso comprender en toda su dimensión»⁵⁵. La retirada de forma progresiva de los sistemas tradicionales de ajuste automático de los salarios al sector de producción a la par de los nuevos modelos tayloristas y fordistas de producción y su creciente desplazamiento por nuevos sistemas acoplados a las necesidades de la demanda produce el nacimiento de nuevas fórmulas económicas.

La terciarización y la industrialización de los servicios han producido la incorporación de nuevos sistemas salariales ligados al desempeño de manera individual o colectiva de los trabajadores⁵⁶. Uno de estos nuevos sistemas es la participación retributiva del trabajador en la empresa.

II. PARTICIPACIÓN RETRIBUTIVA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

2.1. Origen y desarrollo de la participación.

Los cambios productivos y tecnológicos habidos a finales del siglo anterior han introducido profundas transformaciones. Las organizaciones empresariales producen diversificadamente, según las necesidades del mercado, especializándose en la realización de su fin empresarial, conforme a exigencias de calidad y autonomía operativa, demandando una mano de obra más formada y capacitada y más adaptada a los cambios empresariales y recurriendo, en ese proceso de especialización, a técnicas de externalización y descentralización del trabajo excedente. La nueva organización del trabajo en este tipo de empresa exige cambios en el instrumento contractual laboral y en su regulación por el Derecho del Trabajo. Estas transformaciones apuntan hacia el incremento de la diversidad e inestabilidad de las situaciones y condiciones de trabajo y de la inseguridad e incertidumbre de quienes trabajan por causa de la discontinuidad del empleo y de la aplicación consiguiente de su estatuto protector⁵⁷.

⁵⁴ MERCADER UGUINA, J.: «Modernas tendencias de la ordenación salarial: cambios productivos y reforma del mercado de trabajo», *CEFRDT*, N.º 136, 1994, pág. 148.

⁵⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: «Lectura y relectura de la "Introducción al Derecho del Trabajo" del profesor Alonso Olea», *REDT*, N.º 77, 1996, pág. 410.

⁵⁶ MERCADER UGUINA, J.: «Modernas tendencias de la ordenación salarial: cambios productivos y reforma del mercado de trabajo», *op. cit.*, pág. 159.

⁵⁷ CASAS BAAMONDE, M.: «Las transformaciones del Derecho del Trabajo y su futuro previsible», en AA.VV.: *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2000, pág. 159.

En la continuidad del proceso de cambio tecnológico en las sociedades industriales, existen dos factores que permiten observar en él discontinuidades apreciables: por una parte, las determinadas tecnologías básicas, que son susceptibles de una amplia aplicación a diversos procesos y productos industriales, por otro lado, la inversión en medios infraestructurales sustanciales, que sigue asimismo pautas cualitativas discontinuas ⁵⁸.

Las nuevas tecnologías permiten un gran aumento de la productividad en el conjunto de la economía; y a su vez el impacto sobre el empleo abre la opción a los empresarios de utilizar la renovación tecnológica como elemento disuasorio para obtener de los trabajadores concesiones sustanciales en lo referente a salarios y condiciones de trabajo ⁵⁹; es un factor clave en el relanzamiento de la inversión; al igual renuevan numerosos bienes de consumo; las nuevas tecnologías son un soporte indispensable para el proceso de internacionalización de la economía. Especificando de esta manera la función de las nuevas tecnologías en el nuevo modelo económico ⁶⁰. Los cambios en las formas y la manera de organización laboral abren camino a la nueva era del «capital humano» ⁶¹, su propósito principal es la implicación directa del trabajador en la actividad empresarial mediante formas de los círculos de calidad o los grupos de trabajos ⁶² o métodos de gestión.

Uno de los objetivos fundamentales a finales del siglo anterior fue el deseo de incentivar el convenio de los trabajadores con la empresa que laboran «integrando el factor humano de producción en la atmósfera y cultura empresarial» ⁶³. A nivel comunitario, se orienta al crecimiento de la independencia en las relaciones entre organización y empleado con más identificación e implicación entre ambas. Surgen de esta manera nuevos instrumentos que en tiempo atrás venían conformando el sistema de relaciones laborales, actualmente persigue otros objetivos dirigidos a un sistema económico y productivo radicalmente diverso de aquél. No se busca integrar de manera ideológica al trabajador, al contrario, se busca incorporarlo patrimonialmente a la idea integradora de empresa.

La participación en la empresa infiere una diversidad de formas institucionales que buscan la cooperación de los trabajadores, sea de forma directa o mediante representantes, para que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder en la empresa. Su representación viene dada mediante órganos situados en el nivel económico de dirección de la empresa o en la gestión de

⁵⁸ GERSHUNY, J.: *La nueva economía de servicios. La transformación del empleo en las sociedades industriales*. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, pág. 160.

⁵⁹ MARTÍN CABELLO, A. y OTROS: «Prácticas retributivas en el sector español de las nuevas tecnologías», *CEFRTSS*, N.º 235, 2002, págs. 157-204.

⁶⁰ CASTELLS, M.: *Nuevas Tecnologías, Economía y Sociedad en España*. Alianza Editorial, Volumen 1, *op. cit.*, págs. 437-440.

⁶¹ FERRAN MANÉ, J.: «Cualificación del capital humano en la década de los noventa: una perspectiva comparada», *E*, N.º 87, 2001, págs. 269-280. INDALECIO CORUGEDO: «Capital humano y mercado de trabajo: el caso de los economistas», *E*, N.º 64 extraordinario, 1995, págs. 384-386.

⁶² CASTILLO, J, y otros: «Nuevas formas de organización y de implicación directa en España», *REIS*, N.º 56, 1991, págs. 115-141.

⁶³ MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, págs. 194.

los centros de trabajo. La participación de los trabajadores en la empresa también se manifiesta en la atribución a aquéllos de derechos de carácter económico-financiero sobre el capital, sobre fondos de inversión, en los beneficios o en los resultados ⁶⁴.

Uno de los aspectos del sistema de retribución que mayor atención ha recibido en los últimos años es la difusión de los esquemas que vinculan la remuneración del trabajador con los resultados que obtiene la empresa para la que trabaja. Desde el punto de vista de la empresa, el interés se ha centrado en saber si esta clase de esquemas, a través de la mejora en la motivación de los empleados, lleva a una mejora en los resultados alcanzados ⁶⁵. Desde la perspectiva de los poderes públicos, la promoción de esta clase de retribución variable ha venido motivada ⁶⁶, además de por la búsqueda de una mejora en la competitividad de las empresas, por objetivos relacionados con la mayor participación de los trabajadores en las ganancias que generan o con la estabilidad del nivel de empleo ⁶⁷.

El artículo 129.2 de la Constitución Española ⁶⁸ reconoce las maneras de participación de los trabajadores en la empresa, la cual presenta varios significados, es decir, cada modelo de participación es el resultado de un modelo histórico complejo que ha tenido lugar en un marco definido, dándosele un gran valor a las actitudes y reglas de cada realidad histórica ⁶⁹. Me refiero a las que buscan la participación en la propiedad o la participación en los beneficios de la empresa.

⁶⁴ RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», *REDT*, N.º 84, 1997, págs. 493-494.

⁶⁵ FESTING, M.; GROENING, Y.; KABST, R., y WEBER, W.: «Financial Participation in Europe. Determinants and Outcomes», *Economic and Industrial Democracy*, volumen 20, N.º 2, 1999, págs. 295-329.

⁶⁶ POUTSMA, E.; DE NIJS, W., y DOOREWAARD, H.: «Promotion of Employee Ownership and Profit Sharing in Europe», *Economic and Industrial Democracy*, Volumen 20, N.º 2, 1999, págs. 171-196.

⁶⁷ <http://www.unavarra.es/gempresas/pdf/Dt47-01.pdf>

⁶⁸ «Tratando de determinar cuáles sean aquellas "formas de participación", los ámbitos a través de los cuales ésta se materializa quedarían sintetizados en alguno de los supuestos siguientes: participación en la gestión de la empresa, participación en sus beneficios y participación en la propiedad de la misma (...). De aquí que el artículo 129.2, dando por supuesto este planteamiento, ordene que los poderes públicos «establecerán los medios que faciliten el acceso...», es decir, la promoción de aquellas fórmulas, fundamentalmente de carácter económico-financiero, que contribuyan a la superación («faciliten») de los condicionantes para el acceso a la propiedad de estos bienes; el accionariado obrero o la divulgación de la propiedad mobiliaria de acciones («capitalismo popular»), especialmente como medio de canalización del ahorro inversor, han constituido en etapas anteriores fenómenos característicos de este proceso». PRADOS DE REYES, F. y VIDA SORIA, J.: «Artículo 129. La participación social en el texto de la Constitución», en AA.VV. (Director: ALZAGA VILLAAMIL, O.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo X, artículos 128 a 142, págs. 84-89. «Este párrafo mejora considerablemente la redacción primitiva del Anteproyecto al abrir un amplio cauce constitucional por el que podrán tener acceso a la propiedad de las empresas los propios trabajadores a través de fórmulas comunitarias como pueden ser, entre otras, las sociedades económicas laborales y demás entidades de régimen asociativo laboral, cualesquiera otras modalidades que se pudieran crear en el futuro y, en general, las sociedades comunitarias». MERINO MERCHA, J.: «El Estado y el movimiento cooperativo», *RAP*, N.º 86, 1978, pág. 198. «Este inciso se ocupa, a diferencia del que habla genéricamente de las formas de participación, de la ausencia de titularidad jurídica de los medios de producción por trabajadores». AA.VV.: *Comentarios a la Constitución*, op. cit., pág. 2.199.

⁶⁹ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Democracia industrial en Europa: balance de un debate», en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, págs. 487-521.

Por su ubicación en el ordenamiento constitucional ⁷⁰, fuera del sistema de protección de los derechos recogidos en la misma, el derecho a participar en la empresa es catalogado como «extra-sistemático» ⁷¹. El grado de la protección y la naturaleza del derecho se elevarían como factor integrante del contenido esencial de la libertad sindical, de conformidad con el artículo 28 de la Constitución Española ⁷².

La Constitución Española no configura la participación como un derecho sino como un principio sin un contenido preciso que el legislador deba desarrollar mediante la legislación ordinaria ⁷³. El precepto constitucional deja abierta la participación en la gestión, en los resultados o beneficios y en la propiedad, sin otro límite que el derecho de propiedad, de conformidad con el artículo 33.1 de la Constitución Española ⁷⁴. Con la participación en la propiedad lo que se persigue es que los trabajadores se conviertan en propietarios de parte de la empresa, lo que se articula para las empresas en que la propiedad adopta la forma jurídica de sociedad por acciones. «En estos casos, el sistema de distribución de poder y contrapoder no se altera en nada: la posición de los trabajadores, convertidos en propietarios de una parte del capital, no se modifica, siguen siendo trabajadores por cuenta ajena y su titularidad parcial no supone en ningún momento una influencia decisiva sobre la gestión de la sociedad o de la empresa» ⁷⁵.

El profesor GARCÍA ORTEGA es de la opinión de que «la ley ordinaria que regule la participación en la empresa no sólo no viene limitada por ningún contenido concreto sino que tampoco tiene por qué configurar las representaciones sindicales como titulares del derecho de participación (...). Este derecho tendrá el contenido que la ley establezca y sólo si la ley confiere una posición específica de la libertad sindical y, por esa vía indirecta, tutelarse por los cauces previstos para los derechos fundamentales» ⁷⁶. Participar es, «en esa magnificación gaulliana, una exigencia permanente de diálogo entre los protagonistas del proceso productivo, fuente de –o apoyo por– dispositivos institucionales a niveles empresarial y supraempresarial» ⁷⁷.

⁷⁰ PÉREZ AMORÓS, F.: «Garantías del derecho de participación de los trabajadores en la empresa. A propósito de la necesaria revalorización del artículo 129.2 de la Constitución», *RL*, II-1988, pág. 340.

⁷¹ MONTOYA MELGAR, A.: «La protección constitucional de los derechos laborales», en AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, *op. cit.*, págs. 297-298.

⁷² Véase VIDA SORIA, J.: «Artículo 28. "Derechos sindicales y de huelga», en AA.VV. (Director: ALZAGA VILLAAMIL, O.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III, artículos 24 a 38, *op. cit.*, págs. 201-241. AA.VV.: *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, págs. 648-681.

⁷³ DE LA VILLA, L.: *La participación de los trabajadores en la empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, pág. 106.

⁷⁴ Al respecto, véase PÉREZ LUÑO, A.: «Artículo 33. "Propiedad privada y herencia", en AA.VV. (Director: ALZAGA VILLAAMIL, O.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III, artículos 24 a 38, *op. cit.*, págs. 379-431. AA.VV.: *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, págs. 787-792.

⁷⁵ BAYLOS, A.: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posible», en APARICIO, J. y BAYLOS, A.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pág. 167.

⁷⁶ GARCÍA ORTEGA, J.: «El salario en régimen de participación en ingresos o beneficios», en AA.VV. (Coordinador: DE LA VILLA GIL, L.): *Estudios sobre el salario*, *op. cit.*, pág. 504.

⁷⁷ DE LA VILLA, L.: *La participación de los trabajadores en la empresa*, *op. cit.*, págs. 177-178.

Las características del sistema español de las relaciones laborales han determinado un escaso interés por el mandato constitucional, cuyo desarrollo se ha considerado que era el contenido en el ET en relación con la representación de los trabajadores en la empresa. La evolución de esta institución se mueve en potenciar cada vez más los mecanismos de participación y de colaboración, considerándose como el núcleo central de las actuales relaciones laborales.

En el marco de la II Directiva de sociedades del Consejo de la CEE, Directiva 77/91/CEE, destinada como es sabido a tutelar el mantenimiento e integridad del capital de las sociedades, precisamente por ello conocidas como capitalistas, el legislador comunitario quiso un régimen especial de excepciones para ciertos negocios y operaciones jurídicas⁷⁸. Se trata de las «operaciones y transacciones efectuadas para la adquisición de acciones por o para el personal de la sociedad o de una sociedad afín a ésta»⁷⁹ o destinadas «a favorecer la participación de los trabajadores o de otras categorías de personas determinadas por la ley nacional en el capital de las empresas»⁸⁰.

El legislador comunitario no siempre sabe ser congruente con los saludables propósitos de sus recomendaciones. Aunque en los Informes PEPPERS⁸¹ se insistiera en la transparencia de los programas y planes de participación y en la necesidad de que se tutelara el interés de los trabajadores, beneficiarios de dichos programas; en el artículo 2.2.h) de la Directiva 89/298, de 17 de abril de 1989, por lo que se coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto en caso de oferta pública de valores negociables, se contempla la posibilidad de que se excepcione la aplicación de la Directiva⁸² a «los valores ofrecidos por el empresario o por una empresa del grupo a los actuales miembros, o ex-miembros del personal o en beneficio de los mismos». Esta licencia ha fundado una excepción parcial tan mal fundada pero concebida en el Derecho español de Mercado de Valores⁸³.

⁷⁸ Al respecto véase «La significación de la operación en la nueva política de la Unión Europea para el fomento de la participación del trabajador en la Empresa», «Declive de la participación de los trabajadores en el órgano de decisión empresarial. Replanteamiento y reorientación del debate en la Resolución del Parlamento europeo a la vista de los «Sistemas europeos de participación de los trabajadores» (C4-0455/1997)», y «Revitalización de la participación financiera en el replanteamiento de la política de la Unión Europea para el fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa. La Resolución del Parlamento sobre «participación en los beneficios» (A4-292/1997)». DE LA SIERRA FLORES, M.: *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Cuadernos Mercantiles, 2.ª ed., Madrid, 2002, págs. 270-279.

⁷⁹ Artículo 23.2 de la Directiva 77/91/CEE.

⁸⁰ Artículo 41.1 de la Directiva 77/91/CEE.

⁸¹ JUAN JUAN, A.: «A vuelta con el plan Pepper», *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 17, 1999, págs. 111-127.

⁸² CASAS BAAMONDE, M.: «Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», *RL*, N.º 10, 1993, págs. 1-12.

⁸³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en Derecho Societario», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen I, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 825.

2.2. Modalidades de participación.

Se han incrementado en los últimos tiempos nuevas fórmulas de participación, con el propósito de conseguir una mayor implicación del personal laboral en el funcionamiento y los resultados de la empresa, a través del financiamiento interno o el establecimiento de regímenes de pensiones complementarias. Una nueva fórmula económica que reviste gran interés en los países europeos y en los EE.UU.⁸⁴ es la participación directa de los trabajadores como accionistas u obligacionistas individuales, que no hay que confundir con los regímenes de accionariado colectivo y los fondos de inversión de los asalariados⁸⁵.

La participación en la empresa hace referencia a una variedad de formas institucionales con el propósito de conseguir la efectiva cooperación de los trabajadores, sea de forma directa o mediante representante, «con la finalidad de que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder de la misma, instrumentando su presencia activa, bien mediante órganos situados a nivel económico de dirección de la empresa, o en el de la gestión de los centros de trabajo, bien con proyección en otros ámbitos distintos al del ejercicio de los poderes empresariales»⁸⁶.

Dichas formas de participación se pueden clasificar en:

- a) Participación en la propiedad: persigue convertir a los trabajadores en copropietarios de la empresa. La razón esencial de esta modalidad participativa estriba en representar una contrapartida con beneficios a medio plazo frente a situaciones empresariales –circunstancias de crisis o inestabilidad financiera–, la solicitud de alzas salariales o de mejoras en diferentes condiciones de trabajo que hacen peligrar la viabilidad de la unidad productiva o su propia subsistencia, con el peligro subsiguiente para los puestos de trabajo.
- b) Participación en los beneficios de la empresa: el trabajador percibe de su retribución una cuota de los beneficios generados por la empresa. La conexión de ambas partes –empresa y trabajador– se determina por el resultado económico de la explotación, sin que medie por parte del trabajador ser copropietario de la empresa⁸⁷.
- c) Participación del trabajador en las decisiones de la empresa: es aquella forma de gestión empresarial que asume la aplicación en la empresa de los principios rectores de la democracia política, admitiendo la posibilidad de que en el gobierno de la empresa interactúen estructuras representativas de intereses diferentes al capital, «si bien el poder empresarial

⁸⁴ RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», *op. cit.*, pág. 508.

⁸⁵ Véase los «Fondos de inversión de los asalariados», en *Revista Económica y Sociología del Trabajo*, N.º 7, 1990.

⁸⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo», *CEFRTSS*, N.º 235, 2002, pág. 14.

⁸⁷ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», *RPS*, N.º 121, 1979, pág. 419.

continúa siendo detentado por el capital, en la toma de decisiones sobre la marcha de la empresa participan también los trabajadores»⁸⁸, sea con mayor o con menor intensidad.

- d) Codecisión o corregulación: es la dirección de la empresa de manera conjunta por los trabajadores y el empresario mediante la participación de los trabajadores en los órganos directivos de la empresa. De esta manera el empresario pierde la exclusividad de una decisión, que debería ser tomada por las partes situadas jurídicamente en un plano de igualdad, «quedando su manifestación más pura asociada a la experiencia germánica de cogestión»⁸⁹.

De igual manera, se pueden agrupar en tres niveles, según el grado de participación e intensidad, las formas de participación de los trabajadores en la empresa⁹⁰: a) la información del empresario a los trabajadores, es decir, el «deber de comunicación que funciona en una sola dirección y que no supone para estos últimos más que el derecho a la recepción de la misma»⁹¹; b) la consulta a los representantes de los trabajadores, como requisito previo a tomar una decisión, se necesita la opinión de la otra parte, aunque sea vinculante su respuesta a la hora de decidir; c) la corregulación o codecisión es la situación en la que «el empresario pierde la exclusividad de la decisión, que, por definición, corresponde ahora tomarla a ambas partes, situadas jurídicamente en un plano de igualdad»⁹².

III. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS BENEFICIOS

3.1. Origen y naturaleza salarial de la participación en los beneficios.

3.1.1. Origen.

La remuneración del trabajo según las necesidades «ha sido practicada durante mucho tiempo a través de la Seguridad Social. Pero esto no es más que una amplia operación de compensación sin relación ninguna con la vida colectiva de una determinada empresa. La remuneración

⁸⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M.: «Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación de los trabajadores en la empresa», *TL*, N.º 62, 2001, pág. 36.

⁸⁹ Ídem, pág. 39.

⁹⁰ «Unas veces va referido a participación en la propiedad, otras a participación en los beneficios y otras (las más de las veces) a participación en la gestión de la empresa; incluso cuando se alude a la participación general, el perfil tampoco cobra una especial nitidez, dado que la gestión más o menos compartida entre el titular de la empresa –el empresario– y los trabajadores puede abarcar, en mayor o menor medida aspectos muy heterogéneos conectados con parcelas o sectores distintos de la actividad empresarial (vertiente social o profesional, gestión financiera, etc.), como asimismo puede articularse en distintos niveles que –de menor a mayor– comportan el seguimiento de los derechos de información (nivel mínimo), de consulta (nivel medio) o de codecisión propiamente dicha (nivel máximo)». PALOMEQUE LÓPEZ, M.: *Derecho Sindical Español*, 5.ª ed., Madrid, 1994, pág. 242.

⁹¹ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», *op. cit.*, pág. 421.

⁹² Ídem, pág. 422.

del trabajo "según los hechos" o la competencia, se ha encontrado consagrada en los "salarios por rendimiento" y por la jerarquización de las tarifas de contratación. Esas remuneraciones quedan siempre tan lejanas de la vida de la empresa como el valor nominal de una acción. No tienen relación alguna con el movimiento de riqueza que se obtiene de una explotación. Se hace necesario, si se quiere que la remuneración del trabajo conserve una relación precisa con su resultado, pensar en un nuevo principio: la participación individual del resultado de producción colectiva. La prima de empresa o paga de beneficios es el medio de dar a cada uno una parte por la producción de todos, mientras subsisten las formas tradicionales del salario según los hechos, la competencia y las necesidades»⁹³.

Las experiencias más recientes de la participación de los trabajadores en la empresa tienen como fin el de implicar más a los trabajadores en la organización del trabajo con el propósito de que apliquen su iniciativa y experiencia en la ejecución de los cometidos y sus tareas a efectuar, sea de manera individual o mediante grupos ya estructurados para ese fin. La nota común a la variedad de las formas participativas de los trabajadores en la empresa es «la afirmación de partida de que la actividad económico-productiva y la organización laboral de la empresa genera intereses comunes a las partes de las relaciones laborales, para cuya actuación se precisa de métodos o instrumentos que hagan posible una cooperación con la dirección»⁹⁴, mediante estructuras de carácter institucional estable o a través de la implicación tanto individual como colectiva en la organización del trabajo, en la titularidad del capital⁹⁵ o en los resultados que estas mismas generen.

La participación de la empresa supone un complemento necesario para que las exigencias de flexibilidad que requieren las organizaciones productivas para su funcionamiento en un mercado más incierto y competitivo no se transformen en formas de precarización del empleo, ni en una degradación del régimen estatutario residenciado en el contrato. El establecimiento a través de pactos de empresa⁹⁶ de una estructura salarial que guarde relación con los resultados económicos, de una movilidad funcional que suponga un enriquecimiento del patrimonio profesional de los trabajadores, así como de formas de organización del trabajo en equipo que favorezcan la autonomía sobre el trabajo y estimulen la iniciativa y responsabilidad, deben valorarse como signos positivos del proceso de adaptación de las relaciones laborales a unas circunstancias económicas y tecnológicas, que se alejan tanto de estrategias neoliberales que tratan de excluir o, por lo menos, reducir el espacio de la negociación colectiva, como de la mera negociación de concesiones en la que los representantes de los trabajadores se incorporan a los cambios introducidos con un papel subordinado⁹⁷.

⁹³ Texto tomado en BOYER y DUBOIS: *Traité complot des primes d'entreprise*, Institut Technique des Salaires, Paris. Donde la traducción se encuentra en CLIQUET, M. y DUMONT, J.: *Remuneración y participación. Principios. Técnicas. Realizaciones*. Ibérico Europea de Ediciones, Madrid, 1976, págs. 209-210.

⁹⁴ RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», *op. cit.*, págs. 494.

⁹⁵ SCHNEIDER, O.: «El debate sobre la participación de los trabajadores en el capital», *REST*, N.º 7, 1990, págs. 37-44.

⁹⁶ Al respecto, véase SALA FRANCO, T. y otros: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

⁹⁷ RIVERO LAMAS, J.: «Las ideologías jurídicas y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)», *RL*, N.º 19, 1997, pág. 38.

3.1.2. Naturaleza salarial.

Si la remuneración consiste de manera total o parcial en la participación de los beneficios, se intuye que su naturaleza es salarial. En el caso de ser total corresponde al salario base, y al ser parcial constituye una parte del salario, de complemento salarial. La compatibilidad de esta forma de remuneración con las exigencias causales del contrato de trabajo se produce al garantizarse un salario mínimo aun cuando no haya beneficios⁹⁸. Se puede pactar incluso que la totalidad del salario se forme por participación en beneficios. En tal caso la fijación de la naturaleza salarial será particularmente compleja⁹⁹.

Se ha discutido si en el contrato de trabajo es cuando la totalidad de lo remunerado se configura en base a los beneficios. Es consustancial al contrato de trabajo «la ajenidad, tanto en los resultados como en los riesgos, se pone en duda el carácter laboral de un contrato en que el trabajador asumiera el riesgo junto con el empresario, cabiendo la posibilidad de no percibir remuneración, en cuyo caso el contrato tendría naturaleza asociativa y no laboral. Mayoritariamente la doctrina laboralista admite la compatibilidad del carácter laboral del contrato con esta forma de remuneración y ello porque siempre existe un salario mínimo»¹⁰⁰. En el caso que se estudia, además de la concurrencia de la retribución considerada como elemento característico en este tipo de contrato, debe a la vez tratarse de un trabajo en régimen de dependencia, sometiendo al trabajador al área de organización y dirección de la empresa.

La participación de los beneficios¹⁰¹ es un sistema salarial, donde la retribución del trabajo no se predetermina en una cuantía fija, sino en una cuantía variable extraída de los beneficios empresariales, y los propios trabajadores participan en la distribución¹⁰². Se entiende la participación en los beneficios como nexo directo con el resultado económico de la explotación, sin el soporte jurídico de la propiedad, «parece claro que en su propia matriz lleva impresa la idea de legitimación permanente de la empresa y de sus poderes, mediante la corresponsabilización, a través de la remuneración, del resultado productivo, y una correlativa negociación¹⁰³ de la idea de control»¹⁰⁴.

⁹⁸ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.: *Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 12.^a ed., Madrid, 1991, págs. 344-345. DE LA VILLA GIL, L.: «La naturaleza jurídica de la participación en beneficios», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa*, op. cit., pág. 244. SERRANO CARVAJAL, J.: «La participación en los beneficios en el Derecho positivo español», *Ibidem*, pág. 254. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: «Participación en los beneficios y accionariado obrero», en AA.VV.: *Estudios sobre la ordenación del salario*, op. cit., pág. 288.

⁹⁹ Cuando la participación en beneficio constituye la remuneración íntegra del trabajador, la relación es de sociedad y el trabajador socio-industrial. CABRERA BAZÁN, J.: «Contrato de trabajo y contrato de sociedad», *RPS*, N.º 54, 1962, pág. 83.

¹⁰⁰ GARCÍA ORTEGA, J.: «El salario en régimen de participación en ingresos o beneficios», en AA.VV. (Coordinador: DE LA VILLA GIL, L.): *Estudios sobre el salario*, op. cit., pág. 508.

¹⁰¹ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea», *RL*, N.º 6, 2003, págs. 1-12.

¹⁰² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.: *Derecho del Trabajo*. op. cit., pág. 297.

¹⁰³ BAYLOS GRAU, A.: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en APARICIO, J.; y BAYLOS, A.: *Autoridad y democracia*, op. cit., pág. 168.

¹⁰⁴ «Frente a la realidad de estas ideas, la realidad de los hechos nos muestra que esa teoría institucional, aparentemente renovada (y quizá dogmáticamente lo sea) ha sido utilizada sobre todo para defender la empresa tradicional y patrimonialista, cediendo en la forma, pero no en el fondo, creando, por lo común, formas de cogestión tan nítidas, de partici-

No es sólo un sistema salarial para determinar el importe de la prestación retributiva la participación en los beneficios, también ha sido concebida como un instrumento de política social ¹⁰⁵. La participación de los trabajadores en el capital de la actividad de la empresa constituye una forma de implicarlos en su funcionamiento y progreso, lo que no significa que participen en las decisiones de la misma. La forma de participación económica de más calado es el accionariado de los trabajadores, lo que significa más participación en el poder empresarial si mediante ella los trabajadores llegan a formar parte de los órganos de la administración de la empresa en la condición de accionistas, y no en razón del título que se deriva de la nueva aportación de trabajo. En general, la distinción entre las formas de participación en las decisiones y en la economía de la empresa ha sido la piedra o la traba para distinguir entre democracia ¹⁰⁶ industrial y democracia ¹⁰⁷ económica ¹⁰⁸.

Estas nuevas formas de intervención del trabajador en la empresa plantean el problema de confirmar si en la relación de trabajo se mantiene la ajenidad por cuenta de otro, al igual que si es apreciable la ajenidad en los riesgos. La ajenidad se presenta cuando la retribución del trabajador dependa de los frutos o beneficios de su trabajo, ya que no se advierte claramente la transmisión del producto del trabajo, ni es asumido completamente el riesgo por el empresario ¹⁰⁹. La compatibilidad de la participación en los beneficios por parte del trabajador con las exigencias causales del con-

pación en los beneficios tan escasas y de accionariado obrero tan incipiente, que en verdad la empresa sigue siendo regida por los titulares del capital sin que tal "participación" pase de ser un revoco de la fachada del edificio, pero sin cambio en la estructura interna del mismo ni en su funcionamiento (...) A pesar de ello, y tal vez por ello, la gestión de la empresa moderna se ha transformado y dado paso, sin apenas modificaciones legales, a una "cogestión de hecho" por la influencia magna de los elementos directivos, del conjunto del personal (presión por medio de la huelga) y del Estado, que, vacilando un tanto entre la apariencia del dirigismo económico y de un neoliberalismo acreditado por el milagro de la reconstrucción industrial de Alemania occidental, se ha pronunciado en el fondo por dirigismo indirecto a través del control de la política de divisas». BAYÓN CHACÓN, G.: «Posibilidades de evolución del sistema de participación de los trabajadores en la empresa», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1967, págs. 207-208.

¹⁰⁵ Al respecto, véase el Derecho francés, por tener especial ejemplaridad y relevancia en este tema. JEAMMAUD, A.: «Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa», en APARICIO, J.; y BAYLOS, A.: *Autoridad y democracia*, op. cit., págs. 179-190.

¹⁰⁶ Al respecto, véase, J. y BAYLOS, A.: *Autoridad y democracia en la empresa*, op. cit.

¹⁰⁷ COTARELO, R.: «La democracia económica en la teoría de la democracia», *REST*, N.º 7, 1990, págs. 18-27.

¹⁰⁸ DÁNTONA, M.: *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, Diritto del Lavoro, Tomo II, Volumen XXII *Enciclopedia Giuridica*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990, pág. 9.

¹⁰⁹ «En este sentido, la jurisprudencia ha rechazado que fuese trabajador asalariado el asesor artístico de un teatro remunerado con una participación del 5% de los ingresos brutos de taquilla en las obras por él propuestas y aceptadas por la empresa (Sent. TS. SOC de 11 de marzo de 1982 (1487)); el conductor de una grúa particular al servicio de cierto Ayuntamiento retribuido con un porcentaje del 75% de las multas (Sent. TS. SOC de 2 de abril de 1985 (1843)). Similar solución en Sent. TS SOC de 29 de octubre de 1985 (5236) o el familiar retribuido por participación en beneficios, porque aunque se trate de una forma de salario, cuando se da entre familiares parece excluir en vínculo laboral (Sent. TCT de 7 de febrero de 1989 (AL, 1989, ref. 427)). En cambio, ha estimado sujeto del contrato de trabajo al técnico asesor de una empresa retribuido con sueldo fijo más participación en beneficios (Sent. TS. SOC de 13 de diciembre de 1968 (5248)) o al conductor de un taxi remunerado por participación en beneficios, "con pacto expreso de compensación de pérdidas y ganancias" (Sent. TS. C-A de 7 de marzo de 1963 (1402))». LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, págs. 390-391.

trato de trabajo se ha reiterado de forma doctrinal y jurisprudencial al garantizar siempre un salario mínimo, aunque no posea beneficios; pudiendo incluso pactar que el total del salario devengado se conforme por la participación en los beneficios ¹¹⁰.

IV. NUEVAS FÓRMULAS RETRIBUTIVAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

4.1. Planes de participación de los trabajadores en beneficios.

La participación en beneficios, como ya se ha dicho, es un sistema salarial, en virtud del cual la retribución del trabajador no se predetermina en una cuantía fija, sino en una porción variable extraída de los beneficios empresariales donde participan en esta distribución los mismos trabajadores, «resultando lo más frecuente el uso de una definición contable de los beneficios, aunque puede emplearse la distribución gratuita de acciones o la venta con descuento sobre valor de mercado» ¹¹¹. La finalidad y los fines perseguidos por la participación en los beneficios han variado en razón del ciclo histórico donde se ha encontrado inmersa dicha participación, la cual permite en la actualidad percibir diferentes perspectivas a la hora de analizar esta institución.

El sistema jurídico español en relación con la participación en beneficios se encuentra estructurado como una partida fija no dependiente efectivamente de la forma de cálculo y cuantía de los beneficios o los resultados reales de la empresa. Esta participación puede ir dirigida a un pequeño grupo de trabajadores o dirigirse a toda una plantilla. Los objetivos y las finalidades en cada caso en concreto son diferentes en sí.

En el primer caso, al dirigirse a un pequeño grupo de directivos ¹¹², la entrega de acciones o de opciones que dan derecho a la compra de acciones a cierto precio determinado es un mecanismo que se utiliza para incentivar o motivar el rendimiento de la alta dirección de la empresa, con el propósito de ajustar sus intereses a los del accionariado. En el segundo caso, al dirigirse los planes de participación de beneficios a toda la plantilla se observan grandes efectos motivadores sobre la misma. Convirtiéndose esta institución en un eficaz sistema de apoyo a la implantación y desarrollo de ciertos sistemas productivos. Estos planes a la vez persiguen la mejora de los resultados y favorecen la integración de los trabajadores en la empresa, vinculando la partida económica a percibir con la dinámica real de la empresa. La participación en los resultados económicos de las empresas «han expe-

¹¹⁰ Véanse los pactos de participación en beneficios. DE LA VILLA GIL, L.: «La naturaleza jurídica de la participación en beneficios», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa*, op. cit., págs. 243-246.

¹¹¹ MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, op. cit., pág. 202.

¹¹² *La participación de los trabajadores en la empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1979, págs. 151-156.

rimentado un nuevo impulso al compás de las demandas de mayor flexibilidad en la fijación de los salarios, arbitrándose fórmulas que tienen su punto de arranque bien en la ley (...) o en los convenios colectivos, para vincular una parte de la retribución a los resultados de la empresa»¹¹³.

Existen convenios colectivos de grandes empresas que otorgan el pago de cantidades lineales, al margen del incremento salarial. Las cantidades se abonan inmediatamente, sin considerarse consolidables, al concebirse como fórmula de participación concreta en el aumento de beneficios empresariales, lo que se denomina comúnmente «compensación por aumento de productividad». Si esta participación en beneficios es la retribución total del trabajador, sin perjuicio de existir una porción mínima garantizada, se aproximará ésta al salario base. En caso contrario, si la participación es paralela entre el beneficio y el salario, al representar una parte de la remuneración total a percibir por los trabajadores, se configurará como complementos en función de las circunstancias relativas a la situación y resultados de la empresa. Se puede dar el caso de que se condicione el derecho de los trabajadores a la participación en los beneficios a una cláusula suspensiva, «sometiéndolo a la situación del mercado o a la coyuntura económica, por lo que puede resultar no exigible»¹¹⁴.

4.1.1. La participación en los beneficios del alto directivo de la empresa.

Una de las nuevas modalidades de la participación en los beneficios es aplicable exclusivamente al alto personal directivo. La teoría de agencia¹¹⁵ pone de manifiesto, en efecto, que los directivos, como agentes de los accionistas, pueden no actuar siempre en beneficio de estos últimos, porque sus objetivos sean diferentes. Mientras que el objetivo de los accionistas se centra en la maximización del valor de su participación en la empresa, el de los directivos suele referirse a su retribución, su prestigio social, e incluso, su poder político¹¹⁶; objetivos que en muchas ocasiones se relacionan con el tamaño y el riesgo de quiebra de la empresa y que pueden no crear valor para los accionistas.

¹¹³ RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», *op. cit.*, pág. 508.

¹¹⁴ MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, *op. cit.*, pág. 208.

¹¹⁵ «La teoría de la agencia que continúa desarrollándose en nuestros días (...) se centra en el estudio de las relaciones contractuales entre agentes económicos individuales. Los individuos que cooperen entre sí de forma consciente con el fin de satisfacer sus propias funciones de utilidad –frente a las cooperaciones de carácter puramente inconsciente que predominan en el enfoque neoclásico–, formalizan dichas relaciones a través de acuerdos contractuales que, en principio, se pretenden llevar a buen término. Aunque la teoría de la agencia se centra inicialmente en el estudio de la relación contractual entre unos principales que delegan en agentes la realización de actividades que son competencia de los primeros, la generalización de dicha relación a cualquier otra de carácter cooperativo, ha llevado a varios autores (...) a afirmar que sería más adecuado denominarla teoría de los contratos o teoría de la cooperación, permitiendo la construcción de un marco de mayor amplitud que encuadre cualquier tipo de relación entre individuos». PÉREZ SANTANA, M.: *Retribución de altos directivos en empresas españolas: un enfoque de agencia*, *op. cit.*, págs. 14-15.

¹¹⁶ Al respecto, véase el trabajo de TAPIA HERMIDA, A.: «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 AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, *op. cit.*, págs. 1.541-1.602.

Adicionalmente, los contratos que se firman entre accionistas y directivos resultan incompletos dada la asimetría de la información que unos y otros tienen sobre todas las futuras posibles contingencias, que impide determinar *a priori* la asignación de los derechos de control residuales, todo lo cual se une al problema de riesgo moral inherente al comportamiento humano, en este caso del directivo, que obliga a los accionistas a diseñar mecanismos de control para evitar, en la medida de lo posible, conductas oportunistas de los directivos en su asignación discrecional de los recursos que den lugar a formas de organización económica ineficientes.

Es sabido por todos que los miembros de los consejos de administración y otros altos ejecutivos de las grandes sociedades no suelen estar mal pagados, por más que sean bastantes las leyes que parten del principio general de que el cargo del administrador únicamente tendrá carácter retributivo cuando lo establezcan los estatutos sociales o cuando la ley expresamente lo contemple ¹¹⁷. Cualquiera que sea el concepto bajo el que se desempeñen las labores de gestión, la retribución de estos servicios suele ser muy generosa.

La retribución directiva ¹¹⁸ es uno de los fenómenos más discutidos durante los últimos años en medios de comunicación, en foros de investigación sobre la empresa y, en general, en la vida social y cotidiana. Sin embargo, a pesar de ser un tema de gran interés, los elementos retributivos siguen envueltos «en un halo de polémica y mutismo que los convierte en uno de estos temas "delicados" para analizar con cierta profundidad» ¹¹⁹. El legislador español ha regulado, de toda la variedad de remuneración a los administradores, la participación de éstos en las ganancias. Señalando al efecto el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas que «sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100 o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido».

Efectivamente, un sistema de remuneración a los administradores basado en una participación en las ganancias o beneficios sociales supone un estímulo para los máximos responsables de la gestión social, al vincular la percepción de su retribución a la consecución de positivos resultados para la sociedad que administran. Por ello, esto no debe repercutir de manera negativa en los accionistas y acreedores sociales, por lo que se debe tratar de compaginar el aspecto positivo de estímulo a los administradores con un sistema que garantice los derechos de terceros ¹²⁰. Actualmente,

¹¹⁷ En el ámbito internacional, lo establece el artículo 107 de la Ley francesa, 2.389 de la italiana; véase al respecto EMBID IRUJO: «Derecho Europeo de Sociedades Anónimas», en *DJ*, Tomo XIV, Ministerio de Justicia, 1987. Véase la remuneración de los Administradores en Europa, en TUSQUETS TRIAS DE BES, F.: *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 63-116.

¹¹⁸ Véase ÁVILA DE LA TORRE, A. y MORALEJO MENÉNDEZ, 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», en AA.VV. (Coordinador: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.: *La(s) reforma(s) de la Ley de Sociedades Anónimas*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 185-212.

¹¹⁹ PÉREZ SANTANA, M.: *Retribución de altos directivos en empresas españolas: un enfoque de agencia*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pág. 7.

¹²⁰ TUSQUETS TRIAS DE BES, F.: *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, op. cit., pág. 171.

son muchos los mecanismos por los que las empresas pueden controlar las actuaciones de sus directivos, tanto internos a la propia empresa como externos. Entre estos últimos se encuentran los mercados, ya sean de capitales, de empresas (para aquellas no cotizadas), de deuda, de directivos y de bienes y servicios; que complementan la supervisión interna de los esfuerzos de la dirección ¹²¹.

Algunos autores, como DENIS y SERRANO ¹²², piensan que los mecanismos internos no funcionan sin un control activo de los mercados externos. Entre los mecanismos internos, los sistemas de compensación de directivos, y dentro de éstos los planes de opciones sobre acciones, cada vez se utilizan más en los países desarrollados, como forma de motivar a aquéllos a que maximicen la función de utilidad de los propietarios de la empresa. Los sistemas de remuneración de directivos ligados al precio de las acciones pretenden minimizar los conflictos de intereses inherentes a la separación entre la propiedad y el control en las grandes empresas (o problema de agencia) y a los problemas de información asimétrica, riesgo moral y contratos incompletos ¹²³.

Estos contratos sirven para reforzar, al menos parcialmente, los incentivos individuales para que los directivos sean responsables de sus actuaciones y se reduzca el riesgo moral que se deriva de la posible discrecionalidad en ellas. Una forma de hacer a los directivos responsables ante los accionistas es sometiéndoles a una cierta aleatoriedad en la cuantía de sus rentas presentes o futuras, mediante mecanismos que, como los sistemas de remuneración ligados al precio de las acciones, aseguran que sus intereses personales estén en la línea de los objetivos de la propiedad.

Los altos directivos están sujetos a un régimen jurídico que les confiere una protección mucho menos favorable que la deparada a los empleados con relación ordinaria. La normativa española no contiene criterios legales suficientes para determinar si la relación debe encuadrarse como relación especial de alto cargo o bien como relación laboral ordinaria. El contrato se fundamenta en el deber recíproco de buena fe contractual ¹²⁴. La relación laboral tiene la duración que las partes acuerden, presumiéndose concertada por tiempo indefinido a falta de acuerdo. Son notas características y distintivas de esta relación laboral el derecho del empresario de desistir del contrato sin precisar causa que lo justifique, bastando el pago de una reducida indemnización y un preaviso.

¹²¹ Véase una revisión en profundidad de los distintos mecanismos de gobierno de las empresas en MELLE, M.: *Fundamentos teóricos del gobierno de empresas. Una aplicación a las empresas españolas (1991-96)*. Documento de Trabajo N.145/1998. Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas para la Investigación Económica y Social, Madrid, 1998.

¹²² Al respecto, véase DENIS, D. y SERRANO, J.: «Active investors and management turnover following unsuccessful control contests», *Journal of Financial Economics* 40, 1996, págs. 239-266.

¹²³ Existe una extensa y coherente literatura económica sobre los incentivos económicos aplicados a los «problemas de agencia». TIROLE, J.: «Collusion and the Theory of Organizations», in *Advances in Economic Theory: Sixth World Congress*, vol. 2. J Laffont, Cambridge U. Press, Cambridge, 1992. LAFFONT, J. y MATOUSSI, M.: «Moral Hazard, Financial Constraints, and Sharecropping in the El Oulja». *Review Economic Studies* 62, 1995, págs. 381-399.

¹²⁴ Véase LLEBOT MAJO, J.: *Los deberes de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1996.

4.1.2. Los blindajes de los contratos de alta dirección.

En el caso de resolución precipitada del contrato de alta dirección es frecuente que se pacten indemnizaciones millonarias ¹²⁵. Las partes pueden fijar en el contrato causas, requisitos y efectos especiales respecto al fin de su relación laboral denominadas comúnmente cláusulas de blindaje ¹²⁶. Estos pactos de naturaleza laboral o no pueden suponer desde una cantidad de dinero a la venta u opción en la compra de acciones de la empresa. Estos blindajes refuerzan la posición del trabajador frente a una resolución unilateral por parte del empresario no amparada por una causa de despido disciplinario. No son inusuales las cláusulas de blindaje de al menos un año de remuneración.

Existen tres vías para blindar un contrato de alta dirección ¹²⁷: a) El reconocimiento de una antigüedad superior al número de años de servicio efectivo en la empresa como alto directivo; b) El establecimiento de pensiones complementarias a favor del alto directivo; y c) La fijación de indemnizaciones por extinción superiores a las previstas en la norma.

Los blindajes de los contratos de alta dirección cumplen una doble función: una es mientras se encuentre vigente éste, va tener eficacia disuasoria de la extinción si la extinción se produce unilateralmente por el empresario, y al estar el contrato extinguido se resarcen los perjuicios que le sean ocasionados al directivo; la segunda función compensa los riesgos que asume el directivo al fichar por una empresa, sea abandonando el empleo anterior o rechazando otras ofertas. «Todo ello justifica que puedan incluirse causas extintivas involuntarias como supuestos que dan lugar al nacimiento del derecho a la indemnización "millonaria", sin que quepa cuestionarse, por ello, si su verdadero fundamento es de carácter indemnizatorio» ¹²⁸.

Estos tipos de cláusulas plantean ciertos problemas, como son: a) Los que derivan de una eventual declaración de nulidad del pacto por su carácter antisocial, abusivo o fraudulento, en esta situación se extingue el contrato, y no podrá exigirse la indemnización que se había pactado en la cláusula de blindaje, en este caso será el Juez quien decida la indemnización que le corresponda. «No cabe la menor duda de que la interpretación de los pactos indemnizatorios pertenece al Juzgado de lo Social de instancia y la suya ha de prevalecer salvo en aquellos casos en que deba tildarse de equivocada, errónea, ilógica o absurda» ¹²⁹; b) En el campo de la calificación jurídica en el caso de que se encubra la verdadera naturaleza salarial de las percepciones acordadas cubierta con apariencia de

¹²⁵ Señala MOLERO, que el problema no se plantea en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica, sino a la delimitación en la práctica respecto de complementos salariales en especie que continúen devengándose una vez extinguido el contrato. En MOLERO MANGLANO, C.: *El contrato de alta dirección*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 444.

¹²⁶ ALFONSO PEDRAJAS, S.: «Contratos blindados de los altos directivos», en <http://www.togas.biz/togas15/imagestogas15/contratos.pdf>

¹²⁷ MOLERO MANGLANO, C.: *El contrato de alta dirección*, op. cit., pág. 444.

¹²⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 276.

¹²⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 59.

indemnización, «en virtud del principio de irrelevancia del *nomen iuris*, aunque su exigibilidad no se vea afectada, no se conseguirá evitar la efectiva aplicación de la norma que se pretendió eludir (art. 6.4 del C.C. 130)»¹³¹.

4.2. Planes de Participación en la Propiedad por los empleados (ESOPs).

Los planes de transferencia de acciones al personal –*Employee Stock Ownership Plan*– aparecen a mitad de los años ochenta en EE.UU.¹³², Gran Bretaña y Japón. Este plan consiste en que los trabajadores¹³³ reciben de manera no onerosa acciones o títulos similares de la empresa donde laboran, reemplazando en cierta manera las aportaciones de los fondos¹³⁴ de pensiones¹³⁵.

En otras palabras, es un plan mediante el cual los trabajadores compran o reciben de manera gratuita acciones u otros títulos de su empresa, disfrutando de exenciones fiscales, invirtiendo principalmente en títulos de la propia empresa, y están perfeccionadas para otorgarle a cada trabajador una pensión basada en su contribución, y se encuentran reguladas por la legislación sobre fondos de pensiones¹³⁶.

Entre las razones del surgimiento del interés en los ESOPs estaban sus claras ventajas fiscales¹³⁷ sobre las otras formas de planes de pensiones y la posibilidad de utilizarlos como defensa ante las OPA hostiles¹³⁸, al poner un importante paquete de acciones en «manos amigas». Los ESOPs también han sido usados para vender una empresa a sus empleados cuando se retiraban sus propietarios originales y para permitir a los trabajadores salvar sus puestos adquiridos divisiones o empresas enteras que iban a ser cerradas¹³⁹.

¹³⁰ Artículo 6.4 del C.C.: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubiere tratado de eludir».

¹³¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, op. cit., pág. 277.

¹³² El principal mecanismo de propiedad directa de trabajadores en los EE.UU. son los denominados, justamente, «Planes de Propiedad Accionaria de Trabajadores», en inglés «Employee Stock Ownership Plans», más conocidos por su sigla ESOPs. El concepto de ESOP supone que activos generadores de ingresos pueden generalmente ser comprados en términos que se pagan por sí mismos a partir de los ingresos que genera su explotación. Así, el financiamiento de los ESOPs utiliza este concepto de deuda autoservida, para ayudar a posibilitar que los empleados de una Cía. adquieran parte de la propiedad de su empresa. En http://cep.cl/Cenda/Cen_Documentos/Folleto_ESOP/Folleto_ESOPS_USA.pdf

¹³³ Véase http://www.geocities.com/~encuentroxxi/XXI_8/EXXI_8_Riesco2.pdf

¹³⁴ «En Estados Unidos, los "planes de transferencia de acciones a los empleados" son un vehículo de popularidad creciente y está reemplazando, en alguna medida, a las aportaciones a los fondos de pensiones». MILGROM, P. y ROBERTS, J.: *Economía, organización y gestión de la empresa*, pág. 455.

¹³⁵ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, M.: «El ahorro y los planes y fondos de pensiones», *E*, N.º 55, 1993, págs. 170-176.

¹³⁶ ARRUÑADA, B.: *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990, pág. 121.

¹³⁷ «La ventaja fiscal se traduce, por un lado, en que los prestamistas de los fondos utilizados para adquirir las acciones computan como renta a efectos tributarios sólo el 50% de los intereses obtenidos. Un ESOP puede así endeudarse a tipos de interés inferiores a los de mercado». ARRUÑADA, B.: *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, op. cit., pág. 123.

¹³⁸ Al respecto, véase SOLER PADRÓ, J.: *Las Opas de voto en la Sociedad Anónima cotizada*, Cedecs Editorial, S.L., Barcelona, 2001.

¹³⁹ MILGROM, P. y ROBERTS, J.: *Economía, organización y gestión de la empresa*, pág. 485.

Un ESOPs refleja en su operación tres principios claves, diseñados para asegurar que: a) Una base amplia de los empleados se incluya como participantes del ESOPs; b) Que los beneficios disponibles bajo el ESOPs se distribuyan ampliamente entre los participantes del plan; y c) Que esos participantes, a lo largo del tiempo, empiecen a recibir un ingreso como propietarios (dividendos) como complemento a su ingreso como trabajadores, así como una eventual liquidación de su saldo accionario en el plan ¹⁴⁰.

Es un fenómeno de creciente interés de los Consejos de Administración, por tratar de fidelizar los recursos humanos ¹⁴¹ claves para la subsistencia y expansión de las empresas ¹⁴². Con este sistema existen mayores probabilidades de vincular a la empresa la plantilla que selecciona el Consejo de Administración, por lo común el conjunto de contratados por tiempo indefinido o fijos al iniciarse el plazo de suscripción de opciones, trayendo como resultado la alineación de sus objetivos de retribución con los de productividad de la empresa y con los de rentabilidad por dividendo de los accionistas.

La singularidad de los efectos en el ámbito económico de los planes opcionales para los trabajadores que no sean considerados directivos se hace palpable al ser utilizado por la empresa el sistema de planes de retribución, revertida al empleado en un momento futuro, a modo de pensión sin cobertura de un evento tipificado por el derecho a las prestaciones o cobertura social. Estas prestaciones se perciben en momentos predeterminados, «revistiendo incluso forma de retornos extraordinarios, bonos, incentivos o esquemas de retiro libres de impuestos. Las atenciones económicas aparejadas a dichos incentivos han de ser a su vez satisfechos con el producto del ahorro previamente acumulado por el trabajador en la empresa y gestionando por una empresa financiera de intermediario o gestor del plan, generalmente un banco de negocios, *merchant bank* ¹⁴³ o *building society* ¹⁴⁴

¹⁴⁰ http://cep.cl/Cenda/Cen_Documentos/Folleto_ESOP/Folleto_ESOPS_USA.pdf

¹⁴¹ Los nuevos métodos de fidelización del trabajador: «La escasez de profesionales está obligando a las compañías del sector a cambiar su estrategia de Recursos Humanos, dando una mayor importancia a los métodos de fidelización a largo plazo y a las cuestiones no monetarias. Las recomendaciones que se dan siguen chocando en parte con la actual política de las grandes empresas de Internet en España: –Ambiente de desafío tecnológico; – Oferta de formación y aprendizaje; –Flexibilidad de horarios y ubicación; – Retribución variable y a largo plazo». BAQUIA.COM: «Situación de los empleados en las empresas de Nuevas Tecnologías», en www.baquia.com/con/20011105/bre00004.print.html

¹⁴² «Fenómeno que ha venido a ser puesto de relieve de manera singularmente intensa en el ámbito laboral norteamericano, donde es proverbial la extrema flexibilidad del mercado de trabajo, pero que en las naciones europeas halla igualmente eco en diversos Ordenamientos comparados, más desde la perspectiva de la protección pública de la participación en las empresas, amparadas constitucionalmente (art. 129.2 CE: «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa», y «establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción») que desde el prisma de la iniciativa privada, poco propicia a fomentar, hasta el advenimiento del empleo generalizado de los nuevos sistemas retributivos por sociedades cotizadas en la última década, los mecanismos participativos de los trabajadores en la empresa». IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, op. cit., pág. 243.

¹⁴³ Por ejemplo, véase http://www.winterbotham.com/spanish/banking_spanish.html «En el área bancaria, The Winterbotham Merchant Bank brinda servicios para clientes corporativos para quienes el Grupo ya está proporcionando servicios administrativos, contables y/o fiduciarios. La prestación de estos servicios se basa en un sistema de banca electrónica que permite recibir y realizar pagos de forma eficiente así como realizar colocaciones privadas con otros bancos y productos de inversión. The Winterbotham Merchant Bank tiene además una participación activa en el mercado de depósitos y préstamos fiduciarios, y actualmente cuenta con una cartera de préstamos y depósitos fiduciarios en el orden de los US\$200 millones».

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo www.nationwide.co.uk. www.britannia.co.uk. «Los bancos comerciales, nuevos protagonistas del sector microfinanciamiento», en <http://www.cgap.org/assets/images/sp-note12.pdf>

especializada»¹⁴⁵. Al perfeccionarse estos planes, el trabajador juega un factor importante en su propia previsión, pudiendo retirar su ahorro opcional, detráido previamente de su salario, entre tres y cinco años desde que se inicia el plan, ejerciendo su opción de cobro concedida por la empresa para la compra de acciones de ésta al precio de ejercicio prefijado.

Estos planes, en esencia, son los mismos planes de pensiones, con la diferencia que su forma varía en que la adquisición de las acciones sean financiadas con recursos propios o ajenos. En esta última situación, los ESOPs suelen estar suscritos por los propios directivos de la empresa recurriendo al endeudamiento, convirtiéndose en una versión *leveraged by out LBO* o la compra de una sociedad por parte de los propios directivos recurriendo al endeudamiento¹⁴⁶.

Este tipo de sistema tiende a confundirse con los planes de participación en beneficios, diferenciándose con éste en que los beneficios se pagan a los trabajadores en acciones de la empresa y no en dinero, sin que las contribuciones con la empresa tengan que estar comprometidas a los beneficios. Tienen como finalidad estos planes hacer de los trabajadores un grupo más dispuesto a aceptar los cambios organizativos, de manera más flexible en las reducciones que se realicen a la mano de obra y a las futuras mejoras en las operaciones. El funcionamiento de los ESOPs consiste en adquirir por parte de la empresa cierta cantidad de sus propias acciones, que se depositan en un fideicomiso en el plan *Employee Stock Ownership Trust* –ESOT–, otorgando cada año a los trabajadores parte de esas acciones que el ESOP retiene hasta que cumpla su período para la jubilación o hasta cuando decida éste marcharse de la empresa.

En comparación con otras formas de participación laboral de los trabajadores, los ESOPs ofrecen una serie de ventajas, aparte de las fiscales que ya posee: a) La empresa es dirigida con los criterios propios de una empresa privada, ganando en eficiencia y acceso a los mercados financieros; b) Goza de ventajas en la participación de los beneficios en lo que respecta a la eliminación de problemas de horizonte personal, que pueden provocar decisiones de inversión erróneas cuando el lapso de recuperación sobrepasa el tiempo que los trabajadores esperan estar activos; c) Aportan liquidez por su flexibilidad, ya que adquieren las acciones de los trabajadores que se jubilan, e incluso pueden aumentar el capital de la empresa; d) Facilitan que los dueños de una sociedad sin cotizar de manera bursátil les permitan vender la totalidad o una cuota parte de las acciones sin necesidad de acudir a la bolsa¹⁴⁷; e) Es una de las maneras de disminuir las diferencias de intereses entre capitalistas y trabajadores¹⁴⁸.

¹⁴⁵ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, op. cit., pág. 244.

¹⁴⁶ «El fenómeno se conoce frecuentemente como *leveraged buyout* (LBO), por financiarse en su mayor parte con endeudamiento. Una segunda característica de las LBOs es que un banquero especializado controla la mayor parte de las acciones. La presencia de estos especialistas garantiza implícitamente el éxito de la operación y es imprescindible para conseguir un endeudamiento tan elevado». ARRUÑADA, B.: *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, op. cit., pág. 115.

¹⁴⁷ ARRUÑADA, B.: *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, op. cit., págs. 123 - 124.

¹⁴⁸ «Haciendo accionistas a los empleados, las empresas con ESOPs esperan hacer de los trabajadores un grupo más dispuesto a aceptar los cambios organizativos, más flexible ante las modificaciones que supongan reducción de la mano de obra y más inclinado a sugerir mejoras en las operaciones. Las publicaciones sobre gestión de empresas resaltan con frecuencia la importancia que tiene en el éxito de los ESOPs «escuchar a los empleados» y «hacer que los empleados se sientan involucrados». Este consejo recuerda la teoría de los costos de influencia. Los beneficios de cualquier cambio

La desventaja de los ESOPs es la acumulación de riesgos. «Los trabajadores tendrán una mayor concentración de riesgo en la misma empresa para la que trabajan, ya que el valor de sus pensiones dependerá en mayor medida del que tengan las acciones de la empresa. Ese riesgo se viene a sumar al derivado de que parte del capital humano de los empleados es específico a su relación laboral»¹⁴⁹ dependiendo su valor de la salud y supervivencia de la empresa.

4.3. Reparto de acciones propias entre los empleados de la empresa.

La principal finalidad de las operaciones de autocartera que se ha tenido en los últimos tiempos es el reparto de acciones propias entre los trabajadores de la empresa, para luego pasar parte de la titularidad de la sociedad anónima. Es muy frecuente esta modalidad en el sector de la banca, que consiste en la adquisición de acciones propias y su posterior entrega por la empresa a los trabajadores, sea de manera gratuita u onerosa, donde puede darse la financiación a los trabajadores para su adquisición¹⁵⁰. El reparto responde «a programas de actuación preconcebidos por el órgano de administración de la sociedad, que destina cada año un volumen patrimonial determinado para costear y financiar la operación»¹⁵¹.

Tienen un carácter mixto las atribuciones patrimoniales dirigidas a facilitar al personal la adquisición de acciones, ya que se trata de una fórmula de participación directa en la empresa y función polivalente, en consonancia con la naturaleza y caracterización de la acción en la que se integra. De un lado, mediante la adquisición de acciones financiadas por la sociedad, el trabajador asume el riesgo empresarial en la medida de la participación adquirida; de otro, el trabajador, en su consideración de accionista contribuirá en la proporción correspondiente a la adopción de los Acuerdos sociales, al tiempo que podrá ver elevadas indirectamente sus remuneraciones en el seno de la empresa, mediante la correspondiente distribución de dividendos¹⁵².

que suponga creación de riqueza deben ser sistemáticamente distribuidos entre los «miembros» de la organización, para evitar que éstos bloqueen el cambio como medio de protegerse y, lo que es aún más importante, para inspirar su cooperación en la promoción de los cambios generadores de riqueza». MILGROM, P. y ROBERTS, J.: *Economía, organización y gestión de la empresa*, pág. 330.

¹⁴⁹ ARRUÑADA, B.: *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, op. cit., pág. 124.

¹⁵⁰ DE LA SIERRA FLORES, M. Lo ha denominado «aparcamiento de autocartera» que son destinados a terceros, accionistas y trabajadores de la empresa, previa asistencia financiera para su adquisición. «Ciertas experiencias españolas relacionadas con el tráfico de acciones por algunas grandes sociedades anónimas han dado lugar a un debate judicial-dogmático en torno a la licitud de algunas operaciones de asistencia financiera para adquirir acciones de la sociedad asistente; en concreto si es posible y lícito que la sociedad pueda desprenderse de la autocartera excesiva, proporcionando asistencia financiera a sus accionistas, trabajadores y clientes. La atención de esta polémica en epígrafe separado se justifica porque las cuestiones que se plantean en estas operaciones no se ciñen exclusivamente al artículo 81, sino que relacionan varios de los supuestos regulados en los artículos 74 y siguientes del TRLSA (...) Los casos hasta ahora debatidos en la doctrina y en la práctica judicial coinciden en el cumplimiento de la obligación de desprenderse de las acciones adquiridas por la sociedad (arts. 76 y 78 del TRLSA) a través de asistencia financiera para adquirir acciones propias o de la sociedad dominante (art. 81 del TRLSA). En uno de ellos se ve implicada igualmente la aceptación en garantía de las propias acciones (art. 80 del TRLSA) y las irregularidades cometidas alcanzaron, no sólo al Derecho de Sociedades Anónimas, sino también al general de los contratos (arts. 1.255 y ss. Del C.C.)». *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, op. cit., págs. 208-209.

¹⁵¹ VÁZQUEZ CUETO, J.: *Régimen jurídico de la autocartera*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1985, pág. 166.

¹⁵² DE LA SIERRA FLORES, M.: *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, págs. 269-270.

La motivación fundamental para la entrega de acciones propias a los trabajadores ha fluctuado a través del tiempo en función de los diferentes objetivos que se buscaban mediante tal distribución. El fin que se tuvo del reparto de acciones entre el personal de la sociedad tenía como objeto principal facilitar el acceso del personal a la titularidad de los medios de producción. El accionariado obrero, que es un precepto antiguo, consiste en «una fórmula de participación que consiste en otorgar a los trabajadores cierto número de acciones de la empresa, convirtiéndoles así en propietarios de una porción del capital de la misma. Los procedimientos pueden ser variadísimos, de manera que las acciones pueden equivaler al valor de su participación en los beneficios o constituir premios de antigüedad o fidelidad. También suele ser normal que las acciones sean nominativas e intransferibles, de modo que en caso de muerte o de despido pasen a la comunidad de trabajadores o al sindicato, y muy frecuentemente, más que acciones son títulos de simple participación en los beneficios, es decir, sin que deban soportar la posible exigencia de dividendos pasivos»¹⁵³.

Manifiesta LÓPEZ TARRUELLA, al accionariado obrero¹⁵⁴, «como forma de asociar al trabajador en el proceso productivo, supone una contradicción con la institución de la participación en los beneficios como derecho del trabajador en cuanto tal. En efecto, si se afirma el derecho del trabajador en los beneficios de la empresa porque se le considera asociado al capital en el proceso de producción de bienes, no es necesario que el trabajador sea detentador de parte de ese capital para tener derecho a parte de los beneficios. Por ello, el accionariado obrero tiene sentido sólo cuando se parte de la base de que el único título jurídico que otorga tal derecho es el de ser capitalista, o sólo cuando las acciones son concebidas gratuitamente como forma de arbitrar la participación en los beneficios del trabajador, por el sólo hecho de ser tal, aunque en tal supuesto se está dentro de la lógica que confirma una mentalidad contradictoria»¹⁵⁵. Ya que la participación de los trabajadores en los beneficios si se lleva hasta sus consecuencias últimas desaparecerá el sistema capitalista.

Estos fines de reparto de acciones separan tal técnica del salario, es difícil definir que lo percibido a través de ella sea considerado como una verdadera remuneración, no puede deducirse que el lucro que el trabajador puede efectuar en el reparto de acciones sea catalogado de lucro salarial, ya que su origen no se encuentra en la realización del trabajo mismo. Lo que hace es desvirtuar lo que es el salario y fuerza el sentido que tiene la presunción mantenida por los tribunales sobre el carácter salarial de lo entregado por el empresario al trabajador¹⁵⁶.

Dada la importancia como instrumento jurídico de la sociedad anónima en la economía del mercado, surgen las teorías de la participación de los trabajadores, que se manifiesta en tres vías: la participación en los beneficios anuales que adquiera la empresa; la participación en las tareas administrativas y, la participación accionarial de los empleados en la sociedad¹⁵⁷.

153 SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «Accionariado obrero y capitalismo popular», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa*, op. cit., pág. 269.

154 Al respecto, véase BENÍTEZ DE CASTRO, C.: *Política de participación: participación en los beneficios, accionariado obrero, capitalismo popular y cogestión*, EUDEBA, Buenos Aires, 1969.

155 LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: «Participación en los beneficios y accionariado obrero», en AA.VV.: *Estudios sobre la ordenación del salario*, op. cit., pág. 300.

156 PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas de "incorporación" o "fidelización" de los trabajadores», *DL*, N.º 63, 2000, pág. 9.

157 MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, op. cit., pág. 210.

El reparto de acciones propias en circulación puede afectar prácticamente a toda la plantilla de la empresa, o a ciertos empleados, que por sus puestos de trabajo y alta responsabilidad en los mismos, se desea mantener incentivados en la buena marcha de la empresa, o por su eficiencia en sus labores, se busca anclarlos en la sociedad, por las ofertas que le puedan ofrecer de las empresas competitivas. En las acciones se pacta una cláusula de rescate a favor de la empresa, en el supuesto de que el trabajador fuera destituido o dimitiera.

A este sistema se le atribuye gran importancia por incentivar a los trabajadores, al convertirlos de empleados a dueños provocando grandes mejoras en el desempeño individual, aliándose más a los intereses de la empresa. Sin embargo, se ha criticado el efecto incentivador que provoca esta forma retributiva por las siguientes razones: a) se verá de igual manera reducido el efecto incentivador en la medida en que el empleado medio de una gran empresa tenga una porción mínima de las acciones de la empresa ¹⁵⁸; b) la escasez de trabajadores según la intensidad de sus esfuerzos puede influir de manera significativa en el nivel de los beneficios; y, c) «invertir en la propia empresa en la que trabajan supone aumentar la concentración de riesgos del trabajador que no sólo arriesga en dicha empresa su capital humano sino también su capital financiero, por lo que estaría mejor invirtiendo en otras empresas y diversificando así sus riesgos» ¹⁵⁹.

Por ello, los trabajadores estarán en la disposición de pagar menos que un tercero por las acciones de la sociedad, como se ha dicho, en esta modalidad existe una cláusula donde los trabajadores se comprometen a no transmitir las acciones en un determinado lapso de tiempo. En la mayoría de los casos esta fórmula sirve a intereses de los administradores para reducir la presión de los accionistas institucionales diluyendo su participación o es el único camino que les resta con el fin de dar salida a acciones propias sin provocar un descenso en las cotizaciones.

Dentro de las remuneraciones a los trabajadores, la asistencia financiera dirigida a la adquisición de acciones podría considerarse como una especie de complemento salarial específico. La solución resulta de una interpretación coordinada por el artículo 26.3 ET y del artículo 81.3 de la Ley de Sociedades Anónimas ¹⁶⁰. En este plano la asistencia financiera puede considerarse como una retribución vinculada a la condición de trabajador ordinario y dependiente de la situación y resultado de la empresa ¹⁶¹.

¹⁵⁸ «A pesar del número de empresas que utilizan estos planes en Estados Unidos, la cuantía de las rentas salariales recibidas a través de ellos es pequeña, quizá tan pequeña como el 1% del total. En contraste, los trabajadores japoneses reciben, en promedio, un cuarto de su retribución anual en primas que ellos reciben como dependientes de rentabilidad». MILGROM, P. y ROBERTS, J.: *Economía, organización y gestión de la empresa*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, pág. 484.

¹⁵⁹ ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 135.

¹⁶⁰ Al respecto, véase GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.: «Artículo 81. Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», en AA.VV. (Coordinadores: ARROYO, I. y EMBID, J.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 805-816.

¹⁶¹ DE LA SIERRA FLORES, M.: *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, págs. 301-302.

Como se ha dicho los sujetos beneficiarios del reparto de acciones, lo determina el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas ¹⁶², que reconoce a los administradores de una sociedad la posibilidad de recibir su retribución por entrega de acciones, y exige para ello que se cumplan varios requisitos, como son: la posibilidad de que se provea en los estatutos sociales y la aprobación por la Junta General de accionistas. La misma norma admite la retribución por entrega de acciones a los directores generales o asimilados de sociedades cotizadas, que desarrollen funciones de alta dirección bajo la supervisión directa de los órganos de administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados de la sociedad cotizada, todo previamente autorizado por la junta general de accionistas.

4.4. Opción sobre acciones *stock option*.

4.4.1. Origen.

También conocidas como las «opciones sobre acciones», nacen ¹⁶³ del sistema anglosajón. Precisamente el Reino Unido ¹⁶⁴ las utilizó en la época de privatización de los sectores claves de la economía. Posteriormente esta figura pasa a Francia ¹⁶⁵, desde 1970, hasta que llega a España ¹⁶⁶ en 1999 ¹⁶⁷, a raíz del plan de acciones sobre acciones ofrecido por la empresa Telefónica S.A. ¹⁶⁸ Este caso tan polémico trajo a colación dos efectos; en primer lugar se decide expandir este nuevo instrumento a otros trabajadores de la misma empresa. En segundo lugar, da origen a la regulación de esta materia mediante la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley del Mercado de Valores, por medio de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La gran empresa se caracteriza, entre otras cosas, por la separación entre la propiedad de la misma –ejercida por los accionistas– y su control o dirección –ejercida por los directivos–. Esto da lugar a una serie de conflictos de intereses entre directivos y accionistas. Desde hace ya varias déca-

¹⁶² Véase MARTÍNEZ SANZ, F.: «Artículo 130. Retribución», en AA.VV. (Coordinadores: ARROYO, I. y EMBID, J.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Volumen II, *op. cit.*, págs.1.343-1.366.

¹⁶³ El origen de la figura se sitúa en la creación de planes de concesión de opciones de compra sobre acciones dirigidos por algunas empresas que cotizaban en el mercado bursátil neoyorkino. NATIONAL CENTER FOR EMPLOYEE OWNERSHIP (NCEO): *The Stock options book*, ed. Scott S. Roddrick, Oakland, 1997, pág. 9.

¹⁶⁴ Conocido en el Reino Unido las *stock options* como *HARE OPTION SCHEMES*.

¹⁶⁵ Conocida en Francia las *stock options* como *OPTIONS DE SOUSCRIPTION OU DACHAT DACTINOS*.

¹⁶⁶ «La figura de las *stock options*, contemplada como novedad en España en 1999, dista, cual tantas otras veces sucede y al menos en su forma más elemental de contrato de opción de compra de acciones (*stock option stricto sensu*), de serlo realmente; empero, se construye sobre una figura tan vetusta como el tráfico mercantil (el contrato de opción), acomodada al paradigma de mercado propio de la doctrina de gestión, control y administración de empresas o gobierno corporativo». IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 29.

¹⁶⁷ Véanse: Los planes de «*stock options*» para directivos y consejeros y su incidencia sobre el mercado de valores en España. En http://acede.uib.es/papers/45_front.pdf

¹⁶⁸ http://www.telefonica.es/responsabilidadcorporativa/seg_nivel/comp_antetodos/empleados/empleados5.html

das se acepta que el objetivo principal que todo directivo debe perseguir es la creación del máximo valor posible de la empresa, es decir, que sus decisiones empresariales deben hacer que las acciones de la empresa para la que trabajan valgan lo más posible.

Este tipo de conflictos ha sido estudiado profusamente por la teoría financiera desde hace 25 años bajo el nombre de teoría de la agencia, que estudia las relaciones entre los accionistas y sus agentes: los directivos. De tal manera que los costes en los que incurren los accionistas para que los directivos alinien sus intereses con los de aquéllos se les denomina costes de agencia. Las ideas suministradas por dicha teoría han tenido bastantes aplicaciones prácticas como, por ejemplo, los sistemas de incentivos, la implantación de códigos de buen gobierno en los Consejos de Administración de las empresas (por ejemplo, el Informe Olivencia), la adaptación de códigos éticos y de buena conducta, la proliferación de auditorías externas, el pago en acciones, etcétera ¹⁶⁹.

Por ello uno de los sistemas de incentivos más sofisticados son las opciones sobre acciones para los directivos, que aparecieron en la década de los sesenta en los Estados Unidos y cuyo espaldarazo definitivo lo dio la *Economic Recovery Tax Act* de 1981 y que desde hace unos pocos años han implantado las principales compañías españolas. Esta nueva fórmula nace por cuatro aspectos básicos: a) Atraer y retener a los empleados; b) Reforzar la motivación de pertenencia y estimular un sentido de propiedad; c) Proporcionar a los empleados oportunidades de obtener ciertas ganancias de capital, y; d) Reconocer y recompensar la continuidad y lealtad a la empresa ¹⁷⁰.

La ingeniería financiera puede establecer una variedad de modelos de planes de retribución al personal, existiendo otros modelos de planes de *stock options* ¹⁷¹, como los *Premium options*; *Performanse-vested options* ¹⁷²; *Repreciable options*; *Purchased options*; *Reload options*; *Indexed options*; Planes de *stock options* con cobertura bancaria; Planes de *stock options* con cobertura de autocartera; *Phantom options*; y *Tandem options*.

4.4.2. Concepto.

No existe un concepto determinado sobre las *stock options*. El «sistema remuneratorio consiste en la configuración de planes de opción de venta sobre acciones viejas (también puede adoptar la modalidad de opción de suscripción de acciones nuevas a emitir), como elementos integrantes de la retribución de los consejeros, que les permiten, en una fecha determinada pasado un plazo (opción europea), libre y voluntariamente, comprar esas acciones, ejercitando la opción, por un precio predeterminado *ab initio* y vender después esas acciones por su precio de cotización en Bolsa, retribuyéndose con el beneficio susceptible de obtener entre el precio de la opción y el precio de

¹⁶⁹ MASCAREÑAS PÉREZ-ÍÑIGO, J.: «Las opciones sobre acciones para los directivos», en <http://www.ucm.es/info/jmas/doc/exp4.htm>

¹⁷⁰ OSORIO, M. y PRAT, R.: «Los planes basados en acciones», *Recursos Humanos*, N.º 22, 2000, pág. 2.

¹⁷¹ CÓRDOBA BUENO, M.: *Guía de las stock options*, Ediciones Deusto, Bilbao, 2001, págs. 157-186.

¹⁷² Véase IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, op. cit., pág. 95.

cotización en el momento de ejercicio de la misma, si la acción hubiera bajado de cotización respecto del precio de opción el administrador no sufre ningún perjuicio, pues le basta con no ejercitar la opción»¹⁷³.

Con todo ello, no existe garantía de ganancia, y el empleado asume un riesgo pudiera decirse que relativo en tanto que no es coincidente plenamente con los inversores. Como mecanismo de incentivo que es, de generarse plusvalía, ejercerá la opción el trabajador y consecuentemente obtendrá beneficio económico; al no haber tomado posición inicial con el pago de primas por el establecimiento del derecho de opción, queda cubierto de las pérdidas propias que tendría cualquier accionista. Se debe tener en cuenta que en el valor bursátil de una acción influyen factores de variada índole, de tal forma que puede resultar que las opciones no reflejen exactamente la productividad generada por la actividad laboral de los empleados de la empresa¹⁷⁴.

PUEBLA PINILLA, la define de manera descriptiva y muy precisa, considerándola como «un negocio financiero en virtud del cual una de las partes –concedente de la opción– ofrece a la otra –beneficiario de la opción– de forma gratuita o a cambio de un precio (prima o precio de la opción) la posibilidad de decidir si compra o no, en un momento concreto o durante un plazo determinado, un cierto número de acciones a un precio (precio de ejercicio de la opción), fijado en el momento de celebrar el contrato»¹⁷⁵.

Se ha definido a la vez¹⁷⁶ como un «negocio jurídico que, a cambio de una prima, otorga a su tomador la facultad de decidir ejecutar o no el contrato, perfeccionando en tal caso un contrato de compra o venta de una cantidad determinada de acciones, a un precio predeterminado, durante un período de tiempo predeterminado, a cambio de una prima»¹⁷⁷.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de octubre de 2001, las ha definido como «un derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleado para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el

¹⁷³ HUERTA VIESCA, M.; RODRIGUEZ RUIZ, D.; y CHARLOTTE VILLIERS: «Una reflexión sobre el *stock options* plan de los administradores de las sociedades cotizadas (I)», *DLL*, N.º 5061, 25 de mayo de 2000, pág.2.

¹⁷⁴ HUERTA VIESCA, M. y otros: «Una reflexión sobre el *stock options* plan de los administradores de las sociedades cotizadas (y II)», *DLL*, N.º 5062, 26 de mayo 2000, págs. 1-4.

¹⁷⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Algunas reflexiones sobre la naturaleza salarial de las *stock options* (en torno la sentencia de 5 de junio de 2000, del Juzgado de lo Social, núm. 30 de Madrid)», *Smm*, N.º 56, 2000, págs. 12-18.

¹⁷⁶ CUENCA GARCÍA, A.: *Régimen jurídico de las opciones sobre acciones en el mercado español de opciones y futuros*, Editorial Comares, Granada, 1999, pág. 69.

¹⁷⁷ No se aplica el concepto de opción de compraventa sobre acciones como «acuerdo de voluntades por el cual una de las partes –concedente de la opción– atribuye a otra –beneficiaria de la opción– el derecho de decidir con exclusividad respecto a la celebración de un contrato de compraventa sobre acciones integrantes del capital de una sociedad anónima, por tiempo fijo y en determinadas condiciones». GIL DEL MORAL, F. y MOREU SERRANO, G.: «Los contratos de opción de compra y de venta sobre acciones: aspectos sustantivos, fiscales, contables y financieros», *Contratos sobre acciones*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 497.

trabajador pueda percibir, bien la diferencia de precio de mercado de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento), bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho».

4.4.3. Insuficiencia de base normativa.

La falta de transparencia de su articulación en España ¹⁷⁸, en especial el ET, no señala nada al respecto de la retribución de los trabajadores mediante este medio ¹⁷⁹. La norma que serviría de apoyo para este tipo de retribución es el artículo 26 del ET, para determinar la naturaleza salarial o extrasalarial, la misma en que se ha basado el Tribunal Supremo en dos sentencias de la misma fecha de 24 de octubre de 2001.

Aparte de la norma laboral, la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, resultó modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, afectando a los artículos 75 y 130 de la mencionada ley, y añadiendo nuevas disposiciones adicionales. Estas normativas son de esencia netamente mercantil y por ende de muy escasa utilidad en el Derecho del trabajo en relación a las *stock options*.

Las prenombradas leyes hacen referencia a la necesidad del acuerdo de la Junta de accionistas que autorice la adquisición de acciones que sean entregadas de manera directa a los trabajadores o administradores de la sociedad, como resultado del ejercicio del derecho de opción de que éstos sean titulares. La reforma busca frenar el abuso de conceder estos derechos a determinados altos cargos de las sociedades. Los ya nombrados artículos 75 y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas se refieren a la retribución de esta modalidad, que consiste en la entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas, que deben estar expresamente estipuladas en los estatutos, y su aplicación se efectuará en acuerdo de la Junta General de accionistas, Junta donde se determinará el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución. La aprobación del acuerdo de retribución por la Junta General de accionistas, es necesaria incluso cuando los destinatarios o beneficiarios sean directores generales y asimilados de sociedades cotizadas, que desarrollen funciones de alta dirección bajo dependencia directa de los órganos de administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados de la sociedad cotizada ¹⁸⁰. Estas normas contienen una declaración clara de que en el ánimo del legislador está presente la finalidad retributiva de la entrega de acciones y del derecho de opción sobre la adquisición de aquéllas.

¹⁷⁸ SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Las llamadas *stock options* y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, *op. cit.*, págs. 1.489-1.490.

¹⁷⁹ Al respecto, véase GONZÁLEZ BIEDMA, E.: «El tratamiento laboral de las *stock options*», en <http://expansionyempleovd.recoletos.es/edición/componentes/noticia/>

¹⁸⁰ IGLESIAS CABERO, M.: «Nuevas fórmulas de compensación del trabajo: referencia a las "stock options"», *RMTAS*, N.º 38, 2002, pág. 125.

4.4.4. Naturaleza salarial.

La doctrina laboralista se encuentra dividida en dos sectores ¹⁸¹, uno que le atribuyen la naturaleza salarial ¹⁸² a las *stock options* y otro sector que no le atribuye dicho carácter ¹⁸³. Estas diferencias de criterios han motivado diferentes pronunciamientos judiciales con diferentes vertientes ¹⁸⁴.

El salario no retribuye de manera exclusiva el trabajo prestado, desde la perspectiva de la organización empresarial, sino que se consideran varios valores como la competitividad, la rentabilidad, la productividad y la colaboración de los asalariados, comprendiendo en el mismo salario una parte fija y otra variable, sin dejar de ser salario; en este sentido, la estructura salarial, es donde tiene acomodo las *stock options*, en la modalidad de participación financiera, su principal propósito es favorecer la permanencia de los excelentes trabajadores al servicio de la empresa y su adhesión a los intereses empresariales.

El Tribunal Supremo advierte que se está en presencia de un concepto retributivo nuevo, que no se encuentra previsto en la ley de manera particularizada, por ser de una naturaleza compleja ¹⁸⁵. El artículo 26 del ET se manifiesta en una concepción en relación al salario, pudiendo incluirse en el mismo las *stock options*. La sentencia admite estar en «presencia 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» ¹⁸⁶.

¹⁸¹ GÓMEZ FERNANDEZ, E.: «Consideraciones acerca del posible carácter salarial de la retribución a los trabajadores mediante retribuciones basadas en acciones (*stock options*)», *DLL*, N.º 4962, 3 de enero de 2000, págs. 1-2.

¹⁸² ROMERO BURILLO, A.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las *stock options*», *CEFRTSS*, N.º 233-234, 2002, págs. 61-91. IGLESIAS CABERO, M.: «Nuevas fórmulas de compensación del trabajo: referencia a las *stock options*», *op. cit.*, págs. 123-141. REY GUANTER, S. y BONILLA BLASCO, J.: «La naturaleza jurídica de las *stock options*: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001», *AL*, Tomo 2001-3, págs. 637-658. DESDENTADO BONETE, A. y LIMÓN LUQUE, M.: «Las *stock options* como retribución laboral. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», *AS*, N.º 5, 2002, págs. 51-84. DÍAZ CANEJA-CANEJA, A.: «Las enigmáticas *stock options*. Comentario a la STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 1999», *AL*, Tomo 2000-3 (II), págs. 4.399-4.414. PRADAS MONTILLA, R.: «Opciones sobre acciones y Tribunal Supremo», *DL*, N.º 66, 2001, págs. 5-17.

¹⁸³ GARCÍA-PERROTE, I. y MARTÍN FLÓREZ, L.: «La naturaleza no salarial de las opciones sobre acciones (*stock options*) (Nota sobre la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid de 5 de junio de 2000)», *RL*, N.º 15-16, 2000, págs. 65-70. GARCÍA-PERROTE, I. y MARTÍN FLÓREZ, L.: «Opciones sobre acciones (*stock options*): naturaleza salarial y la necesidad de considerar el período que están remunerado (Dos recientes y esperadas Sentencias del TS y una importante Sentencia del TSJ de Madrid)», *JL*, N.º 9, 2002, págs. 51-64.

¹⁸⁴ Sentencia TSJ de Galicia de 24 de septiembre de 1999, Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid de 5 de junio de 2000, Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001, Sentencia del TS de 24 de octubre de 2001.

¹⁸⁵ SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Las llamadas *stock options* y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica», *op. cit.*, págs. 1.487-1.488.

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001.

El salario es uno de los mayores motivos del trabajador al contratar la prestación de sus servicios. El trabajador se interesa en saber cómo se le va a retribuir para luego decidir con qué empresarios quiere contratar o abstenerse de celebrar cualquier contrato con éstos. El Alto Tribunal ha manifestado que el trabajador tendrá la oportunidad de valorar la ventaja que la *stock option* le representa, ya que, si cumple con su interés, puede llegar a incrementar su patrimonio.

Las *stocks option* se encuadran en el artículo 26.1 del ET, al considerar salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena. De este artículo se deduce que de la expresión la «totalidad de las percepciones económicas deriva una presunción *iuris tantum* de que todo lo que percibe el trabajador del empresario le es debido a aquél, conllevando el desplazamiento de la carga de la prueba para que aquel que afirme lo contrario lo acredite»¹⁸⁷.

La finalidad de las *stock options* otorga un doble beneficio para la empresa: a) Refuerzan en gran medida la vinculación de los trabajadores, evitando que se vayan a las empresas de la competencia los mejores; b) Y «al mismo tiempo, alude a la necesidad de contratar a nuevos trabajadores, teóricamente menos capacitados y experimentados, con el efecto negativo que ello produce, al menos de consumo, sobre los resultados»¹⁸⁸.

El derecho de opción de compra de acciones se manifiesta de manera aleatoria como una ventaja, que resulta contingente cuantificar el importe del beneficio de manera anticipada; antes de que dé comienzo el tiempo hábil para optar se desconoce la diferencia que puede llegar a existir entre el precio inicial fijado para las acciones y el que puedan alcanzar a la hora de ejercer el derecho de opción, esta característica en sí, no elimina la naturaleza salarial del devengo, ya que tiene origen en el contrato de trabajo y en la prestación de los servicios profesionales, circunstancias exigidas por el artículo 26 del ET para considerarse salario.

La aludida Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2001, invoca a la vez otro argumento a la naturaleza salarial de las *stock options*, al configurar el artículo 26 del ET, lo que respecta al salario en sentido positivo en apartado primero; y de manera negativa en el apartado segundo del mismo artículo. Para que el beneficio obtenido del ejercicio de la opción sobre acciones no tuviese naturaleza salarial debería estar incluido en el número 2 de la norma, al disponer que no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social, así como las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.

Teniendo una lista cerrada de todas las percepciones que no coincidan con los conceptos previstos en el apartado segundo del prenombrado artículo, no podrán considerarse como percepciones extrasalariales. La doctrina al respecto señala lo contrario, indicando que el artículo 26.2 del ET es

¹⁸⁷ Sentencia del TS de 9 de febrero de 1987.

¹⁸⁸ IGLESIAS CABERO, M.: «Nuevas fórmulas de compensación del trabajo: referencia a las "stock options"», *op. cit.*, pág. 131.

una lista abierta, ya que no se considerarán exclusivamente las partidas salariales antes mencionadas, aunado a ello se incluyen el conjunto de ventajas económicas que perciba el trabajador con cargo al empresario que responden a una finalidad igual o parecida a las percepciones extrasalariales indicadas en el ya aludido artículo 26.2 del ET ¹⁸⁹.

La mencionada sentencia del Tribunal Supremo, en relación a la clase de salario que representa el devengo, señala que «con independencia de la naturaleza que en otros ámbitos no laborales (sin duda, se está aludiendo de manera velada al aspecto tributario del devengo) se atribuya a los rendimientos que se obtengan de las opciones sobre acciones, la solución jurisdiccional que aquí se ha de dar al problema pasa por la necesaria atribución a las cantidades o, en su caso, acciones así obtenidas de salario en metálico (...) en el caso en que el mismo día del ejercicio de la opción se proceda a la venta de las acciones sobre las que recae la opción del trabajador, que normalmente estarán en régimen de autocartera en posesión de la propia empresa, para lo que previamente hizo la oportuna reserva, 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 las acciones de la empresa, su posibilidad de venta en Bolsa de forma inmediata convierte el devengo también en salario 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 proporcionales por la empresa, como vivienda, electricidad, calefacción, seguros de todo tipo, automóviles, teléfono, escolarización, etc.».

4.5. Los *fringe benefits* o compensación accesoría.

Esta figura representa los beneficios accesorios como elemento de ajuste de la estructura salarial. Este término inglés *fringe* ¹⁹⁰ *benefits* ¹⁹¹ significa «franja de beneficio». Ahora se pasará a su análisis.

4.5.1. Nociones y naturaleza de los *fringe benefits*.

Los *fringe benefits* ¹⁹² o compensación accesoría, es un beneficio accesorio como elemento de ajuste de la estructura salarial, «con el mismo se hace referencia a aquellas ventajas no esencia-

¹⁸⁹ GARCÍA MURCIA, J.: «Concepto y estructura del salario», *Revista de Derecho del Trabajo*, N.º 100-I, 2000, pág. 61.

¹⁹⁰ Según el *Diccionario Básico Inglés Español Langenscheidt*, Langenscheidt, Alemania, pág. 419. *Fringe*, significa «franja».

¹⁹¹ Según el *Diccionario Básico Inglés Español Langenscheidt*, op. cit., pág. 329. *Benefits*, significa «beneficio».

¹⁹² *Fringe benefits* (prestaciones adicionales): Es una práctica muy habitual en el Reino Unido. Se conceden a menudo a los trabajadores de la empresa, especialmente a quienes ocupan puestos de responsabilidad. Son: –la participación en un régimen de jubilación complementaria; – la participación en un régimen del seguro de enfermedad complementario que prevé un tratamiento en centros sanitarios privados; – becas concedidas por las empresas a los hijos de los trabajadores; – el uso de un automóvil de la empresa; – el pago por la empresa de una parte de los gastos de abono a los transportes colectivos, en lo que se refiere a los que trabajan en las grandes ciudades; – la facultad para los trabajadores de adquirir

les sino accesorias a una retribución y no necesariamente satisfechas en dinero»¹⁹³. También llamadas retribuciones extrasalariales¹⁹⁴, se define como «aquella remuneración que no va asociada exclusivamente al desempeño del puesto de trabajo (...) formas alternativas de remuneración que permiten a las empresas completar los ingresos de todos o parte de sus directivos, con unas cantidades destinadas a satisfacer aquellos gastos, ineludibles o no, pero que el ejecutivo debería efectuar a costa de sus propios ingresos: vivienda, sociedades médicas, vacaciones, etc.»¹⁹⁵. Entre otras pueden agregarse entrega de opciones de compra de acciones, inscripción en clubes privados, financiación de viajes de recreo, cobertura de gastos escolares o de guardería de hijos, realización de aportaciones a planes y fondos de pensiones, etc.

4.5.2. Dificultades para su catalogación.

Se trata generalmente de bienes que integran la remuneración de trabajadores de categoría inferior y no admiten una calificación unitaria, son reconducibles a la retribución en especie, se habla de «un cierto florecimiento de salario en especie»¹⁹⁶. El salario en especie¹⁹⁷ puede encajar en la modalidad de complemento salarial, cuando su causa se le atribuya a la concausalidad específica propia de la tipología de complementos que se trate, en caso contrario formarían parte del salario base, y su única particularidad se refiere al medio de pago, ya que atiende el tipo de bien que se utiliza para el pago del salario. «De por sí, no son un tipo de complemento, sino un medio de pago con el que, a su vez, puede pagarse tanto el salario base (aunque con ciertas limitaciones legales, para evitar que se convierta en una imposición indirecta del *truck system*) como cualquier complemento»¹⁹⁸.

Sin embargo, MERCADER UGUINA es de la opinión que los *fringe benefits* no pueden identificarse con las retribuciones en especie, ya que aquéllos admiten la existencia de beneficio en dinero. Y tampoco se les puede considerar liberalidades del empresario, ya que se incluyen en la retribución global del trabajo, pudiendo adoptar aquella naturaleza. Y las define como «contraprestaciones o utilidades, dinerarias o en especie, por la prestación de servicios por cuenta ajena, de carácter indirecto».

una parte del capital en forma de acciones a un precio ventajoso (*share options schemes*); – las primas de participación en los beneficios (*profit-relate*); – la concesión de préstamos a la construcción (practicada sobre todo por las instituciones financieras). En Diálogo con los ciudadanos Reino Unido, «La composición del salario», en <http://europa.eu.int/scadplus/citizens/es/uk/01006.htm>

¹⁹³ MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, op. cit., pág. 144.

¹⁹⁴ Véase al respecto ORTEGA, R.: ¿Es realmente la compensación extrasalarial una compensación extra al salario?, en <http://www.pacomahon.net/rrhh/articulos/R12.htm>

¹⁹⁵ BARRANCO, F.: «Retribuciones extrasalariales para directivos», *CH*, N.º 39, 1991, pág. 29.

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.: *Configuración jurídica del salario*, op. cit., pág. 289.

¹⁹⁷ Al respecto, véase PALOMEQUE LÓPEZ, M.: «El concepto del salario en especie», en AA.VV. (Coordinador: DE LA VILLA GIL, L.): *Estudios sobre el salario*, op. cit., pág. 393-407. SAMPEDRO GUILLAMÓN, V.: «Los supuestos del salario en especie», en AA.VV. (Coordinador: DE LA VILLA GIL, L.): *Estudios sobre el salario*, op. cit., págs. 409-430. MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El salario en Especie*, op. cit.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.: *Configuración jurídica del salario*, op. cit., pág. 290.

to, y al margen de la retribución estricta del trabajo realizado (...) se pueden configurar bien como complementos salariales, bien como liberalidades empresariales de carácter extrasalarial. Por esta razón, se les denomina «beneficios accesorios», ya que, en otro caso, formarían parte integrante de la contraprestación estricta del trabajo, desapareciendo, automáticamente, la accesoriedad que lo caracteriza»¹⁹⁹.

La doctrina italiana²⁰⁰ al respecto ha señalado que tiene carácter retributivo, operando de forma principal como incentivo directo. Los *fringe benefits* no conforman una categoría conceptual autónoma con perfiles propios, el establecimiento de esta figura persigue interesar a los trabajadores en la respectiva marcha de la empresa y los incentiva a que colaboren a la consecución del fin de dar un margen paternalista a la empresa, sobre todo en los niveles en la alta dirección, profesionales de mayor categoría y experiencia profesional con el propósito de atraerlos y retenerlos en la empresa²⁰¹. Cabe distinguir dentro de esta fórmula de retribución los *fringe benefits* de carácter colectivo y los *fringe benefits* de carácter individual, que son más difíciles de catalogar como prestaciones extrasalariales que los de carácter colectivo.

Bajo la categoría de salario de conformidad con el artículo 26.1 del ET se entenderán las que presenten una clara conexión causal directa con la prestación y las remuneraciones indirectas. Estas últimas dependerán de la forma causal del contrato, por hallarse insertas en el programa de cambio que han diseñado las partes mediante la figura del contrato²⁰².

El legislador parece que ha extendido el salario a todo lo que reciba el trabajador por la prestación profesional de servicios laborales, con independencia de que la conexión causal con el trabajo que se efectúe en la empresa se preste de manera directa o indirecta²⁰³. La jurisprudencia ha admitido en ocasiones la calificación de salario a varias prestaciones conformadas de manera remota con la prestación de trabajo. En sentencia del Tribunal Supremo se señala «que ha sido una constante en nuestra legislación histórica el ensanchamiento del concepto de salario para comprender en él no sólo la retribución directa e indirecta de la prestación de servicios, sino también la totalidad de beneficios que el trabajador obtuviera como consecuencia del contrato laboral (...) el propio artículo 119 del Tratado de la CEE entiende la retribución como la constituida por el sueldo o salario y cualquier otra gratificación satisfecha, directa o indirectamente, por el empresario al trabajador en razón no del trabajo prestado, sino de la propia relación laboral»²⁰⁴.

¹⁹⁹ MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, op. cit., págs. 145-146.

²⁰⁰ ANGIELLO, L.: «La retribuzione», en AA.VV., *Il Codice Civile. Commentario* (dir. por P. SCHLESINGER; arts. 2.099-21.012), Ed. Giuffrè, Milano, 1990, págs. 67 y 22.

²⁰¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, op. cit., pág. 287.

²⁰² Señala que «la rigidez sinalagmática del precepto es evidente», en RÍOS SALMERÓN, B.: «La dinámica de la embargabilidad del salario», *RL*, N.º 20, 1987, pág. 24.

²⁰³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, op. cit., pág. 288.

²⁰⁴ Sentencia TS de 9 de febrero de 1987, RA 800.

Al englobar los *fringe benefits* en prestaciones indirectamente ²⁰⁵ remuneratorias no existen diferencias con los incrementos que sobre los mínimos, interprofesional o de convenio, establezcan las empresas de manera unilateral o por el consentimiento de ambas partes de la relación laboral, ya sea de manera individual con el trabajador o mediante sus representantes. Existen diferencias, entre las remuneraciones indirectas y los incentivos que se ofrecen para motivar a la plantilla, pero se establecen a través de los resultados. «Aquellos operan *a priori*, al menos en ciertos casos, con independencia de los resultados efectivamente obtenidos individual o colectivamente, mientras que éstos sólo *a posteriori*» ²⁰⁶.

Ha propuesto la doctrina italiana una clasificación que se apoya en el elemento causal, facilitando los problemas que representa la calificación que plantean los *fringe benefits*, proponiendo tres, que son: los que se conectan estrechamente con la prestación de trabajo; los beneficios de bienestar empresarial; y los beneficios de carácter familiar. Los mismos se pasarán a analizar de la siguiente manera:

- a) Beneficios conectados estrechamente a la prestación de trabajo, cumplen al mismo tiempo una función asistencial ²⁰⁷, los beneficios que se configuran en esta categoría son subsumibles en la noción de retribución ya que se encuentran previstos de obligatoriedad y reciprocidad, por no tener interés el empresario, y su causa se ubica en la prestación de servicios que realiza el trabajador.
- b) Beneficios de bienestar empresarial, se pueden considerar algunos de los *fringe benefits* beneficios extrasalariales, ya que derivan del trabajo, incluso a título de liberalidad, como retribuciones indirectas o en especie, entran en esta categoría las indemnizaciones por vacaciones, inscripciones a clubes, reembolso de gastos de representación, indemnización de comedor, indemnización por gastos del teléfono del director, concesión del año sabático, seguros de vida, pago de cuotas profesionales, etc. ²⁰⁸.

La causa determinante de los desembolsos patrimoniales empresariales es obtener que el trabajo se efectúe en óptimas condiciones ²⁰⁹. Las mismas se implementan con el propósito de controlar el absentismo laboral. Este desembolso efectuado por el empresario no acrece de manera directa el peculio del trabajador, por no existir «atribución patrimonial cierta en su favor, pero mejora su situación económica, al no verse obligado a incurrir en ciertos gastos que quizá hubiera efectuado en otro caso» ²¹⁰. No basta que los *fringe benefits* se dirijan a satisfacer un interés empresarial genérico, es esencial que se destine exclusivamente a cubrir una necesidad económica originada por el trabajo que se efectúa por cuenta del empresario ²¹¹.

²⁰⁵ ALONSO OLEA, M.: «Salarios y Seguridad Social 1958», *RISS*, op. cit., pág. 271.

²⁰⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, op. cit., págs. 289-290.

²⁰⁷ CARUSO, B., y RICCI, G.: «Sistema e tecniche retributive», en AA.VV.: *La retribuciones. Struttura e regime giuridico*, Volumen I, N.º 3, Ed. Jovene, Napoli, 1994, pág. 453.

²⁰⁸ GIUNTA, G.: «I compensi extra stipendio (*fringe benefits*)», *Bolletino Tributario*, 1989, N.º 9, pág. 353.

²⁰⁹ MENICUCCI, A.: «Retribuzione e autonomia colectiva», *Dir. Law.*, Tomo I, 1985, pág. 453.

²¹⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, op. cit., pág. 290.

²¹¹ TOSI, P.: «Aspetti contrattuali, previdenziali e fiscali della retribuzione», *Le Circolari del Corriere Tributario*, N.º 3, 1991, pág. XXV.

- c) Beneficios de carácter familiar, «la causa de atribución patrimonial es, en este caso, ajena a lo laboral. No son liberalidades del empresario, ya que la voluntad de éste no es la de gratificar, sino la de proteger a la familia o, más en general, la de promocionar valores extralaborales»²¹².

4.6. Fondos de inversión de los trabajadores.

Frente a los ya tradicionales esquemas anuales de *bonus* por resultados individuales, de grupo o de empresas, basados en una prima o cantidad monetaria nominalmente variable, que participa de criterios objetivos en su asignación, se alzan en pleno siglo XXI otras fórmulas que gozan ya de «raigambre en el ámbito anglosajón, consistentes en la implantación de planes de incentivación ligados a las acciones de las empresas, y que en realidad cubren una variedad de sistemas diferenciados»²¹³.

Los fondos de inversión de los trabajadores consisten en la formación de un capital colectivo, permitiendo relacionar a la vez los salarios, beneficios e inversión²¹⁴. Es decir, cierto porcentaje de los beneficios ya obtenidos por las empresas es transferido en forma de emisión de nuevas acciones a una institución de carácter privado llamada fondo de asalariados, creado específicamente para este fin y su administración depende generalmente de los sindicatos. Las acciones quedan en poder de los fondos, donde se utilizarán los dividendos para la adquisición de nuevos títulos y la prestación de una amplia gama de servicios a todos los trabajadores. Esta fórmula no constituye un sistema de distribución directa de rentas para aquéllos.

Estas aportaciones empresariales y los incrementos patrimoniales de estas instituciones financieras son extrañas a la noción de salario al principio, al igual que su estructura interna conformada por los elementos que constituyen el salario, lo es atendiendo a su origen, causa y dinámica funcional²¹⁵. La idea de los fondos de inversión de los trabajadores²¹⁶ incorpora el principio de solidaridad entre las diferentes categorías de trabajadores, haciendo efectivo el principio de «a igual trabajo igual salario», independientemente de la situación económica y financiera de las empresas²¹⁷, fomenta cierto igualitarismo salarial. En el caso de una economía de mercado que requiera para su normal funcionamiento la competencia interempresas puede afectar este principio a la evolución de la productividad. No constituye la participación en los beneficios ningún mecanismo de redistribución

²¹² MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)*, op. cit., pág. 291.

²¹³ CORDERO SAAVEDRA, L.: «Los sistemas retributivos variables como fórmulas para involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa», *RL*, N.º 5, 2002, pág. 10.

²¹⁴ MELLA MÁRQUEZ, M.: «Elementos para una teoría de los fondos de inversión de los asalariados», *REST*, N.º 7, 1990, pág. 8-17.

²¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.: «La estructura del salario, (Comentario al art. 26.3 y disposiciones concordantes del Estatuto de los Trabajadores modificado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)», en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del salario*, Tomo I, op. cit., pág. 147.

²¹⁶ GIMÉNEZ MONTERO, A.: «Posibilidades y dificultades de los fondos de inversión de los trabajadores en nuestro país», *REST*, 1990, págs. 69-77.

²¹⁷ ZORNOZA PÉREZ, J. y DE LA HUCHA CELADOR, F.: «Problemas jurídicos-financieros de los fondos de inversión de los trabajadores en España», *REST*, N.º 7, 1990, págs. 45-52.

positiva de rentas «más allá de las generales y difícilmente individualizables objetivos de control de la inflación y reducción del empleo» ²¹⁸. La importancia de estos fondos de inversión de trabajadores consiste en su eficacia como instrumento de una política económica y progresista, conllevando a la mayor participación de los trabajadores en la empresa.

En palabras de SANTOS RUESGA, «este instrumento supone, en definitiva, una adaptación a las condiciones sociopolíticas de este país del principio de la participación en beneficios, en el marco de una política de concertación social. Sin embargo, la forma concreta en que se materializa esta idea supone introducir elementos diferenciales notables, tanto en el plano teórico como en el terreno de la política económica, respecto a la primera y segunda vías de flexibilización salarial» ²¹⁹.

Por todo ello, los fondos de inversión de los trabajadores tratan de garantizar que la moderación salarial contribuya de manera directa al incremento del *stock* de capital de la economía. Aportando una mayor garantía en relación a otras vías de ajuste para que los recursos provenientes de la moderación salarial tengan como destino en su totalidad la inversión ²²⁰. De igual manera, incorporan el principio de solidaridad entre las diferentes categorías de trabajadores, tratando de cumplir el objetivo social de «a igual trabajo igual salario», con independencia de la situación tanto económica como financiera de la empresa. La participación en los beneficios no constituye ningún mecanismo de redistribución de vía positiva de rentas, más allá de los posibles efectos que provienen de este terreno por el logro de los objetivos de equilibrio en la perspectiva macroeconómica ²²¹.

4.7. Obligaciones convertibles en acciones.

Uno de los instrumentos más utilizados en el sistema financiero es el bono u obligación convertible. La convertibilidad consiste en la facultad, por parte del titular del activo, de optar por la transformación de dicho producto en otra clase de valor, de acuerdo con unas condiciones especificadas previamente por el emisor. TORRES ESCAMEZ la define «como aquella modalidad de las obligaciones en que el obligacionista, en la forma y condiciones establecidos en la escritura de emisión, puede decidir mediante su sola voluntad integrarse como socio en la sociedad emisora, en cuyo momento quedan extinguidas las obligaciones y su importe aplicado como contravalor de las acciones que adquiere» ²²².

Facilita la vinculación de los empleados al capital de la empresa. El obligacionista puede estar recibiendo un interés por su inversión mientras estudia las posibilidades especulativas que le puedan proporcionar las acciones que éste adquiriera en el cambio. La sociedad emisora obtiene créditos a tipo

²¹⁸ MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, op. cit., pág. 219.

²¹⁹ RUSEGA, S.: «Fondos de Inversión de los Trabajadores una reflexión sobre su aplicabilidad en España», *REST*, N.º 7, 1990, pág. 57.

²²⁰ GIMÉNEZ MONTERO, A.: «Posibilidades y dificultades de los fondos de inversión de los trabajadores en nuestro país», *REST*, N.º 7, 1990, págs. 69-76.

²²¹ RUSEGA, S.: «Fondos de Inversión de los Trabajadores una reflexión sobre su aplicabilidad en España», *REST*, op. cit., págs. 57-58.

²²² TORRES ESCAMEZ, S.: *La emisión de obligaciones por Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 229.

de interés más bajo que los del mercado bancario, incluso puede conseguir el interés mucho menor que los de las emisiones de obligaciones ordinarias. La motivación del inversor consiste en la posibilidad que le puede conferir la obtención de las acciones. La convertibilidad supone a la vez «un modo para introducir en el mercado acciones de nuevo tipo o el sistema para convertir en atractivo un producto financiero que de otro modo carecería de demanda en condiciones satisfactorias»²²³.

El directivo obtiene un crédito en condiciones normales para suscribir obligaciones convertibles en acciones de la empresa. Esta obligación incluye el derecho de poder convertirla en acciones ordinarias en un transcurso de tiempo determinado. Los intereses que devenguen cubren de forma parcial el coste del interés del crédito. En el caso de que el valor de la acción aumente, el trabajador puede convertir la obligación en acciones ordinarias, vender suficientes acciones con el fin de reembolsar el crédito y retener las ganancias percibidas. En esta situación, la sociedad coloca sus acciones con una prima mayor que la que podía conseguir emitiéndola directamente, en el caso que la acción disminuya, la obligación convertible es rescatada y el crédito amortizado.

La característica más importante del bono u obligación convertible es que la opción de conversión es decisión del titular del activo y no de la sociedad emisora, de forma que sólo será ejercitada si el titular la considera deseable. La existencia de diferentes clases de acciones y obligaciones permite definir un número amplio de tipos de conversión como, por ejemplo, acciones ordinarias convertibles en acciones privilegiadas, acciones sin voto convertibles en acciones con voto, obligaciones de una clase o plazo convertibles en obligaciones de otra clase o plazo, etc. Sin embargo, entre todas las combinaciones posibles, la forma de conversión más conocida y utilizada es la conversión de obligaciones en acciones. Las obligaciones convertibles son aquellas en las que el titular tiene la facultad de convertir dicho título en acciones de la sociedad emisora, bajo unas condiciones de plazo y precio, especificadas por el emisor en la escritura de emisión.

Desde el punto de vista del emisor, las obligaciones convertibles han sido utilizadas tradicionalmente como instrumento financiero sustitutivo de las ampliaciones de capital, ya que ofrecen algunas ventajas frente a la emisión de deuda ordinaria. Entre otras, el emisor ofrece normalmente un tipo de interés inferior al de la deuda frente a terceros. Y desde la óptica del inversor, la adquisición de obligaciones convertibles combina la seguridad de la inversión en renta fija con el potencial de revalorización del precio de la acción. Este potencial puede, además, ser materializado por parte del titular del bono a través de la venta del mismo, sin tener que acceder a la conversión. A su vez, el convertible garantiza al inversor la protección que los bonos ofrecen en los mercados bajistas²²⁴.

Para que las obligaciones convertibles en acciones tengan carácter retributivo, se sigue un *iter* bastante complejo. Es evidente que los intereses de las obligaciones que inicialmente percibe el trabajador no tienen carácter salarial. No puede decirse que estos intereses mantengan una relación con el trabajo realizado por el trabajador, mientras lo realicen con la relación laboral, que son dos situaciones distintas, que actúa a modo de supuesto o presupuesto de la posible conversión de su sujeto en obligacionista. Los intereses no tienen el carácter salarial por ser una amortización del interés del

²²³ Ídem, págs. 230-231.

²²⁴ <http://www.inverca.com/manuales/financieros02.php>

crédito, donde el empleado es el deudor, por lo que no sirve para compensar ningún esfuerzo realizado por éste. Tampoco puede considerarse salario a las rentas provenientes de aquellas acciones en que el trabajador pueda convertir sus obligaciones ²²⁵.

4.8. Acciones por rendimiento.

Esta fórmula es común aplicársela a los directivos, por los rendimientos obtenidos en su gestión. En este caso el directivo se convertirá en titular de las acciones de forma actual o progresivamente como resultado del cumplimiento de las condiciones previamente establecidas. Se les ofrece de esta manera a los directivos elegibles acciones ordinarias, «condicionadas a la consecución de objetivos específicos de rendimiento (aumento de beneficios, beneficios por acción, etc). En contraste con otras opciones, las acciones por rendimiento mantienen un valor percible a pesar de que el precio de la acción se reduzca» ²²⁶.

Los trabajadores reciben acciones de la empresa al cumplir una gama de objetivos ya prefijados entre las partes por un lapso determinado, como son la rentabilidad sobre recursos propios, beneficios por acción, rentabilidad total para el accionista, por ejemplo. El trabajador no dispone de opciones y la concesión es discrecional por parte de la compañía. Si el trabajador cumple sus objetivos, recibirá una vez al año una prima en las acciones, a un precio inferior al del mercado por estos títulos.

V. OTRAS MODALIDADES RETRIBUTIVAS DE PARTICIPACIÓN

5.1. Acciones sin voto.

Son acciones que se entregan a los empleados y no poseen derecho al voto ²²⁷ en junta, con el propósito de prevenir la dilución que existiría para el conjunto de accionistas en el supuesto de que fuesen acciones ordinarias. La empresa las recompra a un precio ya estipulado por las partes cuando el trabajador o directivo deje de laborar en la misma. Estas acciones poseen un dividendo periódico predeterminado, que se satisface siempre que exista beneficio distribuible en la empresa, si no existe este beneficio cabe la posibilidad de fijar un sistema de acumulación por un tiempo determinado, mediante el cual, los dividendos que se generen tienen preferencia sobre el resto de conceptos de la distribución de resultados ²²⁸.

²²⁵ PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas de «incorporación» o «fidelización» de los trabajadores», *op. cit.*, pág. 14.

²²⁶ MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, *op. cit.*, pág. 215.

²²⁷ Véase «La opa de votos y el control de la actividad de los administradores en la sociedad anónima cotizada», en SOLER PADRÓ, J.: *Las Opas de voto en la Sociedad Anónima cotizada*, *op. cit.*, págs. 61 - 72.

²²⁸ MONGE GIL, Á.: «Las acciones sin voto (Quo Vadis?, sistema financiero español)», en AA.VV. (Coordinador: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.: *La(s) reforma(s) de la Ley de Sociedades Anónimas*, *op. cit.*, págs. 79-106.

Es apreciada esta retribución por los accionistas, a pesar de la dificultad que se tiene al venderse a los trabajadores por el alto valor que tienen las acciones sin voto. El precio de rescate de las acciones se encuentra predeterminado por la empresa; «si la cotización de la entidad sube, las acciones sin voto no subirán, por que *de facto* actúan como si fueran renta fija, y en la fijación del citado precio sólo se habrá tenido en cuenta el nivel de tipos de interés en el momento de su emisión»²²⁹. En el caso de sociedades no cotizadas, mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, las acciones sin voto tienen atribuido *ex lege* un derecho de voto en igualdad de condiciones que el resto de las acciones que tienen voto²³⁰.

5.2. Derechos sobre la revalorización de la acción.

Son conocidas como opciones liquidativas de incrementos de cotización; u opciones de revalorización de acciones; o bonos de revalorización diferencial; bonos de plusvalía; bonos de rendimiento accionario; o las *stock appreciation rights* (SAR). En este caso consiste el derecho a recibir en efectivo o en acciones una cantidad equivalente al aumento de la cotización de la acción en un período determinado. Es decir, «constituyen retribuciones por trabajo nacidas de contratos especiales de opción por cuya virtud la empresa concedente o remunerada no entrega acciones al vencer el plan o ejercitarse el derecho concedido, sino que otorga al beneficiario, trabajador o prestador de servicios remunerados, la potestad de liquidar a su voluntad las diferencias de cotización que a vencimiento resulten favorables para su patrimonio, voluntad que manifestará ejercitando sus derechos de opción siempre que, obviamente, experimente un incremento final la cotización de las acciones subyacentes, por encima del precio límite de ejercicio pactado»²³¹.

Esta modalidad, se refiere a la entrega a los administradores o trabajadores de una cantidad de dinero determinada tomando como referencia el valor de las acciones. En virtud de este sistema el administrador o trabajador no recibirá acciones de la compañía, sino que su retribución vendrá determinada por las plusvalías que en el valor de las acciones se hayan generado. En este caso, lo que la sociedad entrega al administrador o al trabajador no es sino una parte de su patrimonio que en vez de materializarse en acciones propias, se concreta en dinero.

El problema que puede surgir en esta modalidad, es determinar si la sociedad puede disponer de cualquier reserva para remunerar a sus administradores o si tendrá que disponer de autocartera para, una vez obtenido el importe de la venta, asignarles a los administradores las cantidades adecuadas. En el recurso a la retribución de los trabajadores o administradores mediante la entrega de una cantidad referenciada al valor de las acciones, los beneficiarios de estas medidas no adquieren los derechos políticos anudados a una entrega efectiva de los valores. Ello hace que la adopción de este sistema remuneratorio suponga una opción neutra en lo que a la participación de los trabajado-

²²⁹ CÓRDOBA BUENO, M.: *Guía de las stock options*, op. cit., pág. 68.

²³⁰ PORFIRIO CARPIO, L.: «Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las leyes 37 y 50 de 1998», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen I, op. cit., pág. 718.

²³¹ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, op. cit., pág. 77.

res y administradores en el accionariado de la sociedad se refiere, por lo que la adopción de los planes de incentivación así configurados resultan más atractivos para los accionistas de la sociedad que, al fin y al cabo, son los que habrán de pronunciarse en la Junta General sobre la conveniencia de los mismos ²³².

Con esta modalidad se alivian los costes del plan de incentivos, al tratar de evitar operaciones de emisión, reserva, compra por ejercicio y reventa de activo subyacente. Las SAR son de entidad menor, pero poseen más ventajas, ya sea para optantes como los optatarios, sobre todo en medidas de costes transaccionales, por ello su gran uso como sistema de remuneración por las sociedades cotizadas, al igual, en el sentido que nos interesa es de excelente acogida por los perceptores, en este caso los trabajadores ubicados en los últimos lugares del escalafón retributivo, personas ajenas a la marcha del mercado de valores que, cobrando SAR, eluden los problemas asociados al ejercicio de derechos políticos de las *stock options*.

5.3. Acciones fantasmas o *phantom stock*.

Esta figura surge como una modalidad de ingeniería financiera orientada a incentivar al personal clave de las empresas. «En las sociedades no cotizadas, puede resultar conveniente la aplicación de planes retributivos cuya implantación disponga el empleo de opciones sobre instrumentos de capital teóricos, hipotéticos o abstractos, cuya configuración comercial se caracteriza por la disposición de cláusulas contractuales productoras de resultados económicos para las partes (remunerador oferente y destinatarios del plan) análogos a los que les reportaría la concesión directa o normal de SOs si el capital de dichas sociedades fuese real, verdadero o concreto, y en caso de cumplir los requisitos de difusión y volumen requeridos, cotizarse en los mercados oficiales de valores» ²³³.

Por ello, las empresas que no cotizan en Bolsa ²³⁴ o que no quieren entregar acciones al empleado utilizan los planes de opciones fantasma, que consisten en bonus cuyo importe está ligado a la subida de la acción, de las ventas, de los beneficios o cualquier otro parámetro de la empresa. El valor de la opción fantasma se suele fijar en función del valor de la empresa. Entre las ventajas para

²³² ÁVILA DE LA TORRE, A. y MORALEJO MENÉNDEZ, 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», *op. cit.*, págs. 202-203.

²³³ Ídem, pág. 91.

²³⁴ «La existencia y cuantía de la retribución se condiciona, en esta modalidad, a la existencia y nivel de los cambios que alcanzan las acciones de la propia compañía en las bolsas de valores (si cotizan), o las de otra compañía, o un valor nacional de mercado fijado para la empresa a modo de cambio teórico (si no cotiza). En estos casos, como en el de atribución de derechos de revalorización o apreciación (SARs), la compañía está remunerando a los beneficiarios mediante derechos a recibir en metálico el *incremento* de cotización (sociedad cotizada) o valor del mercado prefijado (no cotizada) que experimenta la acción teórica en una fecha predeterminada, llamada *de ejercicio del derecho de cobro de la revalorización pactada –date of the exercise of share of phantom stock–*, por lo que los planes de acciones fantasmas consisten generalmente en planes de revalorización de acciones, como los *Share Appreciation Plans*, donde la empresa creadora de los derechos de revalorización sobre acciones teóricas o nocionales (*phantom units*) garantiza a los perceptores, de ordinario personal clave de la empresa, rendimientos económicos equivalentes a los del capital ordinario». IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.: *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, *op. cit.*, pág. 92.

el empleado, está la ausencia de límites en lo que puede llegar a cobrar, mientras que con un bonus hay una cifra máxima. Además, cuando el bonus está referido a objetivos no muy concretos no se sabe muy bien cuánto del mismo se va a cobrar, mientras que con las opciones fantasma se puede conocer en cada momento a qué se tiene derecho ²³⁵.

Estas acciones no existen físicamente, ni crean derechos políticos sobre la empresa, pero sí establecen la obligación de generar el mismo lucro que tendrían para un accionista convencional. Es decir, el beneficiario o titular de estos derechos recibiría una retribución igual a la de los accionistas, tanto en forma de dividendos como en forma de plusvalía por el incremento en el valor de las acciones. La principal ventaja para los propietarios de la empresa es que no implican ampliaciones de capital y por lo tanto se evita la dilución del mismo y, en el peor de los casos, la entrada en el capital de socios no deseados. En sentido estricto, este tipo de retribución funciona como un bono diferido en metálico, cuyo valor se calcula en función de la revalorización de la acción. En la fecha de vencimiento, directivos y/o empleados recibirán en metálico el equivalente al aumento del valor de la empresa ²³⁶.

5.4. Compra de acciones a precio inferior al del mercado.

Otro sistema utilizado en la política de retribuciones es la compra de acciones por parte del empleado. Cada mes, se retira una parte del sueldo del empleado y dos o tres veces al año se compran acciones de la empresa a un precio rebajado. Aunque en otros países esta retracción del sueldo está exenta de pagar impuestos, en España no existen beneficios fiscales; además, la rebaja del precio de las acciones tributa como retribución en especie. Suele ser una fórmula más utilizada para empleados de todos los niveles que para directivos ²³⁷.

En esta modalidad no hay opciones, y consiste en una simple oferta que la empresa gestiona en un momento determinado a sus empleados. Generalmente, se hace un descuento entre el cinco y quince por cien respecto al precio del mercado y suelen imponer restricciones a su venta por un lapso de tiempo determinado. Este sistema es de mucha utilidad para la empresa en momentos en que haya exceso de autocartera ya que se le venden las acciones a los empleados y se limita su venta futura en un lapso no mayor de tres años y, en el supuesto que el trabajador en ese momento no posea dinero, se le podrá financiar con un crédito blando.

5.5. Retribución vinculada a la evolución de la cotización.

La retribución dineraria se encuentra condicionada a la evolución que registre la cotización de las acciones en la Bolsa. Habitualmente en esta modalidad los destinatarios son los directivos, siendo este sistema como una prima extra que se le paga al alto ejecutivo al conseguir crear un nuevo

²³⁵ ESTRADAS, A.: «Nuevas opciones y "bonus" para retener talentos», en <http://www.rrhmagazine.com/servicios/noticias/not010208.htm>

²³⁶ OLLERO BORRERO, E.: «Stock appreciation rights», En <http://www.capitalcorporate.com/analisis/a25.pdf>

²³⁷ ESTRADAS, A.: «Nuevas opciones y "bonus" para retener talentos», *op. cit.*

valor para el accionista en el mercado bursátil. «No son muy habituales como instrumento específico separado de otras modalidades de retribución, aunque la cotización bursátil sí que puede ser un indicador utilizado en la concesión de otras opciones o derechos de revalorización»²³⁸.

VI. REFLEXIÓN FINAL

El nuevo modelo flexible crece el valor de la cooperación de los trabajadores en la gestión de la empresa en la vertiente de las fórmulas de colaboración entre capital y trabajo. El Derecho del Trabajo debe adaptarse a estas necesidades de flexibilidad. Las bases importantes en relación a la democratización del trabajo son esencialmente: por una parte, la recuperación de la vieja idea del nexo entre democracia industrial y democracia económica, es decir, entre la participación en las decisiones de la empresa y participación en el conjunto de la vida económica del país; por otra parte, la progresiva desaparición de las teorías que señalaban la separación rígida de los modelos participativos sea conflictual o contractual por una parte, y por otra de gestión o institucional. Lo más razonable es la implantación de fórmulas mixtas de interacción aprovechando las capacidades de los trabajadores y de quienes los representen, «no en vano esta participación en la gestión empresarial no asume un carácter meramente "defensivo"; antes al contrario, su carácter es eminentemente "ofensivo", pues se busca un conocimiento de las causas de los problemas y se intenta orientar la empresa en el sentido más útil y eficiente para los distintos intereses implicados»²³⁹.

Como se ha visto, existen diversas formas de participación retributiva de los trabajadores en la empresa. De todas estas gamas retributivas se puede decir que son figuras atípicas y de contornos difusos, teniendo que realizar una interpretación amplia y flexible del salario, en otras palabras, en la búsqueda de un concepto más economicista del salario. Dadas las tendencias imperantes en el marco de las relaciones laborales, al mantener una concepción reduccionista y clásica del salario, se corre el riesgo de dejar fuera a un mayor número de formas retributivas de los trabajadores, y a neutralizar la función tuitiva que tienen que cumplir las normas laborales²⁴⁰.

La jurisprudencia juega un papel importante en resolver las lagunas existentes en algunas de estas fórmulas retributivas, ya que las opciones sobre acciones se encuentran resueltas con la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 24 de octubre de 2001. Al intervenir la jurisprudencia y al considerarlas como salario va a frenar su expansión en el ámbito laboral. La razón principal de ello es que la atribución de carácter salarial limitará de manera importante su juego como mecanismo de flexibilización retributiva, eliminando uno de sus atractivos fundamentales para los empresarios²⁴¹.

²³⁸ CÓRDOBA BUENO, M.: *Guía de las stock options*, *op. cit.*, pág. 70.

²³⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo», *op. cit.*, pág. 60.

²⁴⁰ ROMERO BURILLO, A.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las *stock options*», *op. cit.*, pág. 88.

²⁴¹ DESDENTADO BONETE, A. y LIMÓN LUQUE, M.: «Las "stock options" como retribución laboral. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», *op. cit.*, págs. 83-84.

La mayoría de estas nuevas fórmulas de retribución es ofrecida de manera exclusiva a los empleados de la sociedad y no a toda la plantilla, me refiero a los administradores, directivos y trabajadores con capital humano muy competitivo. El trasfondo de ello es un interés de índole empresarial para el logro de unos mejores resultados pero a base de la contribución personal de los trabajadores ²⁴².

Al hilo de estas modernas tendencias, el sindicato debe jugar un papel importante en estos modelos salariales. Estos sistemas llamados de recompensa suponen un giro radical en la tradicional concepción del sindicato como institución garantista de los estándares salariales de los trabajadores. Los sistemas de participación generalmente tratan de romper el papel tradicional del sindicato como demandante pasivo para exigir del mismo una reconversión hacia un rol más activo que le permita tomar parte en las decisiones del empresario sobre la parte de los beneficios a distribuir y sobre la fórmula de distribución. «Sin perjuicio de la lógica tendencia empresarial a evitar intromisiones sindicales en este campo, un mínimo realismo nos lleva a dudar de la capacidad y preparación de los sindicatos contemporáneos para jugar este papel» ²⁴³.

Es necesario constatar cómo la ampliación de los temas objeto de la participación de los trabajadores en la empresa tiene lugar porque ésta se extiende a materias relativas a las modificaciones de la organización productiva de trabajo, a las innovaciones tecnológicas, a las reestructuraciones productivas y a la conexión entre el sistema retributivo y los resultados de la empresa. No cabe duda de que, en la emergencia de estas nuevas formas participativas, tiene un significado convergente que las empresas hayan cobrado un mayor protagonismo en el funcionamiento del sistema de relaciones laborales, en especial a las organizaciones productivas, donde no se ha originado una segmentación horizontal de la actividad empresarial. «La centralidad de la empresa es un fenómeno correlativo a la creciente incertidumbre de los mercados, al mayor que se atribuye a los aspectos cualitativos de la producción y también, significativamente, a la conveniencia de diversificar productos para identificar clientelas potenciales» ²⁴⁴.

²⁴² IGLESIAS CABERO, M.: «Nuevas fórmulas de compensación del trabajo: referencia a las "stock options"», *op. cit.*

²⁴³ MERCADER UGUINA, J.: *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, *op. cit.*, págs. 201-202.

²⁴⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo», *op. cit.*, pág. 59.